

**Die "allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts" und die
deutsche Rechtsquellenlehre**

Eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und
des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-
Universität Jena

von Sabine Gretscher

geboren am 12.06.1972 in Dresden.

Gutachter

1. Prof. Dr. Rolf Gröschner, Friedrich-Schiller-Universität Jena
2. Prof. Dr. Matthias Ruffert, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Disputation: 25.03.2004

Gliederung

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VI
A. Einleitung	1
B. Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts	2
I. Der Begriff der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts	2
II. Rechtsnatur der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts	3
III. Rechtsprechung und Literatur zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts	5
1. Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Aufopferung für das Gemeinwohl	5
(1) Rechtsprechung zur Aufopferung	5
a) BVerwGE 4, 6	5
b) BGHZ 9, 83	7
c) Ergebnis	9
(2) Literatur zur Aufopferung	9
(3) Stellungnahme	10
(4) Inhalt des Aufopferungsanspruchs	11
(5) Art. 123 GG und Gewohnheitsrecht	11
(6) Unterscheidung zwischen Anerkennung und Ausgestaltung der Aufopferung	12
(7) Ergebnis	13
2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	14
(1) Rechtsprechung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	14
a) BVerfGE 7, 377 – Apothekenurteil	14
b) Weitere Entscheidungen	15
c) Ergebnis	16
(2) Literatur zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	17
(3) Zwischenbetrachtung	19
3. Systematisierung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts	20

4. Bezeichnung als “allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts”	20
5. Geltungsweise der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts	22
IV. Gewohnheitsrecht	23
1. Begriff Gewohnheitsrecht	23
2. Gerichte und Gewohnheitsrecht	26
(1) Mitwirkung der Gerichte und Beteiligten-Begriff	26
(2) Mitwirkung der Gerichte als viertes Element der Gewohnheitsrechtsentstehung	27
3. Gewohnheitsrecht und Rechtsquelle	30
4. Ergebnis	31
V. Richterrecht	32
1. Genauere Systematisierung des Richterrechts	33
(1) Begriff und Erscheinungsformen des Richterrechts	33
a) “Subsumtionsautomat”	33
b) Gesetzesauslegung/-konkretisierung	34
c) Lückenfüllung	35
d) Rechtsschöpfung	35
e) Ergebnis	36
(2) Weiterer Kategorisierungsversuch	37
(3) Vergleich der Ansichten und Schlussfolgerungen	38
2. Dogmatische Einordnung des Richterrechts	40
(1) Richterrecht als Rechtserkenntnisquelle?	40
(2) Richterrecht als Rechtsquelle?	41
(3) Richterrecht als Gewohnheitsrecht?	42
a) Zeitpunkt der Bildung des Gewohnheitsrechts	44
b) Bildung der Rechtsüberzeugung	45
c) Rechtsprechungsänderung	45
d) Bezeichnung durch die Gerichte	46
(4) Lehre von der Fallnorm	47
(5) Beschränkte Befolgungspflicht und präsumtive Verbindlichkeit	48
(6) Zwischenbetrachtung	49
(7) Entstehungsargument	51
(8) Ergebnis	52

VI. Prinzipien, Regeln, Rechtsgedanken	53
1. Rechtsgrundsatztheorie	53
2. Kritik an der Rechtsgrundsatztheorie	57
3. Prinzipien und Grundsätze	60
4. Ergebnis	63
 C. Modernes Richterrechtsverständnis	 65
I. Einfluss und Rechtfertigung der richterlichen Rechtsfortbildung	65
1. Einfluss der richterlichen Rechtsfortbildung	65
2. Rechtfertigung der richterlichen Rechtsfortbildung	66
3. Ergebnis	67
 II. Das Problem der Rechtsquellen	 69
1. Orientierung am Normbegriff	69
2. Ergebnis	70
 III. Die Rechtsquellenlehren	 71
1. Der Begriff "Rechtsquelle"	71
2. Rechtsquellenbegriffe der Literatur	72
3. Die grundlegende Definition von Ross	75
4. Ergebnis	76
 IV. Bestimmung des Rechtsbegriffs	 78
1. Naturrecht oder Rechtspositivismus	78
2. Vereinigungslösung	79
3. Richtigkeitssuche zur Verwirklichung materieller Gerechtigkeit	82
4. Rechtspositivistischer Rechtsquellenbegriff	87
5. Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts	89
(1) Richterrecht als Recht	91
(2) Ergebnis	93
 V. Verfassung und Richterrecht	 94
1. Hierarchie der Rechtsquellen	95
2. Rechtsprechung unter dem Grundgesetz	98
(1) Verfassungsmäßige Kompetenz der Richter	98

a) Rechtsprechungsbegriff des Grundgesetzes	99
b) Gewaltenteilung	104
c) Wirkung richterlicher Rechtsfortbildung	111
(2) Ergebnis	117
3. Art. 20 Abs. 3 GG und das neue Richterrechtsverständnis	118
4. Einheitlichkeit der Rechtsprechung	123
(1) Regeln der Rechtsprechungsänderung	125
(2) Ergebnis	129
5. Fazit	130
 VI. Grundgesetz und Gewohnheitsrecht	 131
1. Nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht	133
2. Ergebnis	139
 VII. Rechtsordnung unter dem Grundgesetz	 140
1. Demokratische Legitimation der richterlichen Rechtssetzer	140
2. Postulat der Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung	141
3. Konkretisierung von Verfassungsrecht	148
4. Ergebnis	149
 D. Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts unter dem Grundgesetz	 150
 I. Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip	 150
1. Inhalt des Rechtsstaatsprinzips	151
2. Wirkung des Rechtsstaatsprinzips	151
3. Ergebnis	153
 II. Aufopferung, Verhältnismäßigkeit und das Rechtsstaatsprinzip	 154
1. Aufopferung	154
2. Verhältnismäßigkeit	155
 III. Neubestimmung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts	 156
 E. Thesen	 157

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
AK	Reihe Alternativkommentare
Alt.	Alternative (n)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ARSP-Beiheft	Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie - Beiheft
Art./Artt.	Artikel (Mz.)
AT	Allgemeiner Teil
BayVBl.	Bayrische Verwaltungsblätter
BayVGH VerwRspr	Entscheidungen des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band (Bände)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSeuchG	Bundesseuchengesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise

c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung (en)
EinlALR	Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G/D/H/W	Gröschner/Dierksmeier/Henkel/Wiehart
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
grdsl.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. M.	herrschende Meinung
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
i. E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung

JuS-Lernbogen	Juristische Schulung - Lernbogen
JZ	Juristenzeitung
L	Seitenangabe im JuS-Lernbogen
LS	Leitsatz
M/D/H/S	Maunz/Dürig/Herzog/Scholz
MDR	Monatsschrift Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer (n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OVG	Oberverwaltungsgericht
POR	Polizei- und Ordnungsrecht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
pVV	positive Vertragsverletzung
RdA	Recht der Arbeit
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer (n)
RVO	Rechtsverordnung (en)
S.	Seite (en)
SchwZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte (n)
StGB	Strafgesetzbuch
StHR	Staatshaftungsrecht
StPO	Strafprozessordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s.u.	siehe unten
ThürPAG	Thüringer Polizeiaufgabengesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.	und
u. a.	unter anderem/und andere
u. ä.	und ähnliches
Uni	Universität
v.	von

VBIBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VerwArchiv	Verwaltungsarchiv
VV	Verwaltungsvorschrift (en)
VVdStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZfVgl.RWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Einleitung

Das Verwaltungsrecht ist eine relativ junge Rechtsmaterie. Einzelne Gesetze des Besonderen Verwaltungsrechts sind zwar schon älteren Datums, doch insbesondere das Allgemeine Verwaltungsrecht wurde in Bund und Ländern erst spät in den Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelt. Im Bereich des Verwaltungsrechts ist deshalb bis heute eine Vielzahl an Gesetzgebungsaktivitäten zu verzeichnen.

Trotz der gesetzgeberischen Aktivitäten finden sich im Verwaltungsrecht immer noch Bereiche, die nicht oder nur unvollständig gesetzlich geregelt sind. Die Gründe dafür sind vielfältig. Allein im Hinblick z. B. auf das Staatshaftungsrecht kann gesagt werden, dass hierfür u.a. kompetenzielle Fragen eine Rolle spielen.

Dennoch ist gerade der beispielhaft erwähnte Bereich der Staatshaftung nicht durch rechtsleeren Raum, von fehlendem Recht gekennzeichnet. Vielmehr wird gerade er stark von der Rechtsprechung bestimmt, die ihre Entscheidungen oft auf allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts stützt. In der Rechtspraxis ist die Arbeit mit den Grundsätzen unbestritten. Dies kann für die rechtstheoretische Erfassung und Einordnung der Grundsätze nicht behauptet werden. Ihre Geltungsbegründung fällt unterschiedlich aus.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, das Phänomen der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts einer genaueren Analyse zu unterziehen. Dabei ist neben einer Systematisierung der Grundsätze ausgehend von der Untersuchung zweier ausgewählter Grundsätze aufzuzeigen, dass die rechtstheoretische Erfassung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts grundlegende Fragen der Rechtstheorie berührt.

Die Behandlung der Grundsätze erfordert u.a. die Auseinandersetzung mit verschiedenen Erscheinungen des deutschen Rechts, die in ihrer Wirkungsweise und Berechtigung hinterfragt werden müssen: allgemeine Rechtsgrundsätze, Gewohnheitsrecht und Richterrecht. Damit wird auch die Frage nach den Rechtsquellen im deutschen Recht aufgeworfen.

Das Grundgesetz ist Basis einer Rechtsordnung, in der alle rechtsverbindlichen Entscheidungen jedenfalls dann, wenn sie den Adressaten belasten, begründet werden müssen. Auch die Rechtsquellenlehre muss an dieser Grundbedingung einer rechtsstaatlichen Verfassung gemessen werden.

Auf diesem Fundament aufbauend soll versucht werden, Anregungen für eine systemgerechte Rechtsquellenlehre zu geben, die den "modernen Erscheinungsformen" des Rechts einen adäquaten Platz in der Dogmatik des Rechtsstaates zuweist. Dies erfordert gelegentlich auch, bisher unbezweifelte Prämissen einer kritischen Analyse zu unterziehen. Ohne den Anspruch einer zwingenden Ableitung aus letzten - oder gar letztbegründeten - Prinzipien zu erheben, wird zu zeigen sein, dass die vorgeschlagene Betrachtung ein lückenloses und widerspruchsfreies Verständnis von Gewaltenteilung und Rechtssetzung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes ermöglicht.

Ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts wird der Versuch unternommen, die Rechtsquellenlehre zu akzentuieren. Dabei kommt den Aussagen des Grundgesetzes maßgebliche Leitfunktion zu.

Der hergebrachte Kanon der deutschen Rechtsquellen muss angesichts von Erscheinungen wie Richterrecht und Gewohnheitsrecht hinterfragt werden.

Die aus den grundgesetzlichen Vorgaben zu entwickelnde neue Systematik erlaubt nicht nur, die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts besser zu erfassen. Sie zeichnet auch ein realitätsnäheres Bild der Rechtsquellen in der deutschen Rechtsordnung.

Dabei wird es die Breite der zu behandelnden Themen nicht erlauben, im Rahmen dieser Arbeit mehr als Ansätze zu umreißen und Grundzüge darzustellen.

B. Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts

Die vorliegende Arbeit will den Versuch unternehmen, die Stellung der überwiegend in Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelten “allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts” im deutschen Rechtsquellen-system zu untersuchen. Als Ausgangspunkt der Überlegungen bietet es sich an, diese Grundsätze zunächst darzustellen, sie zu systematisieren und ihre Herleitung bzw. Behandlung in Judikative und Literatur exemplarisch an zwei Beispielen zu belegen.

I. Der Begriff der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts

Die Grundsätze werden als “fundamentale Regeln des Verwaltungsrechts”¹ bezeichnet.

Es herrscht zudem die Überzeugung, “dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts prinzipiell für alle Gebiete des Verwaltungsrechts gelten und nicht auf Sondermaterien beschränkt sind”².

Obwohl eine allgemein anerkannte Definition fehlt³, herrscht weitgehend Einigkeit darüber, welche Grundsätze “allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts” sein sollen. Zu ihnen sollen⁴ vor allem folgende gehören: das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit⁵, das Gleichheitsgebot⁶, das Prinzip der Rechtssicherheit⁷, die Grundsätze über Bestand, Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten⁸, die Grundsätze über die Nichtigkeit von Verwaltungsakten⁹, der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung¹⁰, die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit¹¹, die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens (wie rechtliches Gehör)¹², die Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Entschädigung¹³, des öffentlich-rechtlichen Erstattungs-¹⁴ und des Folgenbeseitigungsanspruchs¹⁵ sowie der Grundsatz des Vertrauensschutzes¹⁶.

¹ Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 22.

² Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 87.

³ Vgl. Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 84; Schleifenbaum, Reversibilität, DVBl. 1969, 350 (351 m. w. N.).

⁴ Stellvertretend Ossenbühl, a.a.O., § 6 Rn. 88; Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 23.

⁵ BayVGH VerwRspr. 23 (1972), S. 902.

⁶ BVerfGE 23, 98 (106f.).

⁷ BVerfGE 7, 196.

⁸ Heute in den §§ 48, 49 VwVfG zum Ausdruck gebracht.

⁹ Heute in § 44 VwVfG zum Ausdruck gebracht.

¹⁰ BVerwGE 34, 278 (280f.); Ossenbühl, Bindung der Verwaltung, AöR 92 (1967), 1 (13ff.).

¹¹ BVerwG in DÖV 1971, 857 (858); Stern, Übermaßverbot, in: FS Lerche, S. 151 (165).

¹² Heute z. B. in § 28 VwVfG niedergelegt.

¹³ Bender, StHR, Rn. 25ff.

¹⁴ Ossenbühl, StHR, S. 331f. u. 414ff.; BVerwGE 18, 308 (314); 20, 295 (297).

¹⁵ Schoch, Folgenbeseitigung, VerwArchiv 79, 1ff.; Ossenbühl, a.a.O., S. 286ff. u. 293ff..

¹⁶ Pieroth, Vertrauensschutz, JZ 1984, 971ff.; Kisker und Püttner, Vertrauensschutz, VVDStRL 32, 149ff. bzw. 200ff..

II. Rechtsnatur der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts

Für die Beantwortung der Frage nach dem Geltungsgrund der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts muss jedoch zunächst festgehalten werden, dass die Grundsätze unterschiedlichen Alters sind, aber ohne Berücksichtigung ihres Alters oder ihrer Herkunft in ständiger Rechtsprechung wie geschriebene Normen angewendet werden.¹⁷ Diese Verfahrensweise legt es nahe, dass es sich bei den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts um eine besondere Kategorie des Rechts, möglicherweise um eine eigene Rechtsquelle und nicht nur um einen Sammelbegriff handelt.¹⁸ Dagegen spricht aber, dass als Grundlage der Geltung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts bisher verschiedene Quellen genannt werden: Gesetzes-, Gewohnheits- oder Richterrecht.

Viele allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts finden sich in gesetzlichen Regelungen, insbesondere in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, aber auch in speziellen Gesetzen, wie z. B. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den Polizeigesetzen.¹⁹

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entwickelte sich ursprünglich auf dem Gebiet des Polizeirechts, wurde dann aber in seinem Anwendungsbereich auf das gesamte Verwaltungsrecht ausgedehnt²⁰ und bestimmt heute auch das Verfassungsrecht.²¹

Andere Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts sollen gewohnheitsrechtlichen Charakter haben.

Zu den Grundsätzen mit gewohnheitsrechtlichem Charakter sollen diejenigen über Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten oder die Aufopferungsentschädigung gehören.²²

Die Zurechnung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts zum Gewohnheitsrecht ist nicht unumstritten. Gegen die Zuordnung wird beispielsweise eingewandt, dass sich die Geltung der allgemeinen Grundsätze im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht von rechtsethischen Postulaten ableite; dies geschähe zudem unmittelbar ohne vorherige praktische Verwirklichung.²³

Ein weiterer Unterschied zwischen den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts und dem Gewohnheitsrecht wird in der Abstraktheit allgemeiner Rechtsgrundsätze gesehen, der die Notwendigkeit der Formulierbarkeit als konkrete Rechtsnorm, die für das Gewohnheitsrecht bestehe, gegenübersteht.²⁴ Bei den Rechtsgrundsätzen stehe die Frage im Mittelpunkt, welchen konkreten Inhalt sie hätten; dagegen müsse beim Gewohnheitsrecht die Frage beantwortet werden, ob ein behaupteter gewohnheitsrechtlicher Satz tatsächlich besteht.²⁵ Damit stehe das "Recht der Induktion gegen das Recht der Deduktion"²⁶.

Ein großer Teil der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts wird als Richterrecht

¹⁷ Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 89.

¹⁸ So aber Ossenbühl, a.a.O., § 6 Rn. 88; Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 23ff..

¹⁹ Beispielfhaft sei § 4 ThürPAG genannt; weitere Nachweise bei Götz, POR, § 12 - Verhältnismäßigkeit.

²⁰ Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 90 m. w. N..

²¹ Exemplarisch sei hier Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 515f., genannt. Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 28. Wie die eben angeführten Regelungen des Polizeirechts lassen sich auch weitere Regelungen des Verwaltungsrechts auf andere Sachverhalte, die nicht gesetzlich geregelt sind, übertragen. Durch systematisierende, abstrahierende und typisierende Betrachtung sollen Regelungen verallgemeinert und so zu Grundsätzen entwickelt werden können.

²² Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 91. Zu beachten ist, dass die genannten Grundsätze heute teilweise kodifiziert sind.

²³ Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 23.

²⁴ Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 48; Witthohn, a.a.O., S. 23f. m. w. N..

²⁵ Witthohn, a.a.O., S. 24.

²⁶ Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 48.

angesehen.²⁷ Dies soll vor allem für die Grundsätze jüngerer Datums gelten, die Folge des Inkrafttretens des Grundgesetzes sind. Das Inkrafttreten des Grundgesetzes habe dazu geführt, dass die bekannten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts durch die Rechtsprechung an die Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes angepasst²⁸ und neue verwaltungsrechtliche Prinzipien entwickelt wurden.²⁹ Viele der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts seien deshalb Konkretisierungen von Verfassungsprinzipien.³⁰ Das Verwaltungsrecht wird deshalb auch als konkretisiertes Verfassungsrecht bezeichnet.³¹

Das bisher Gesagte zeigt, dass unterschiedliche Zuordnungen der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts möglich erscheinen. Auf die Fragen der Zuordnung und der Bindungswirkung einzelner allgemeiner Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts soll im weiteren Verlauf der Darstellung eingegangen werden. Hier bleibt zu betonen, dass sich die verschiedenen Begründungen für die Zuordnung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts nicht gegenseitig ausschließen müssen³², sondern als verschiedene Arten rechtlicher Regelungen nebeneinander bestehen könnten. Dies würde bedeuten, dass es sich bei den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts tatsächlich um einen Sammelbegriff, nicht aber um eine einheitliche Erscheinungsform des Rechts handeln würde.

Angesichts der Uneinheitlichkeit³³ des Bildes der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts liegt es nahe, die rechtliche Einordnung der Grundsätze anhand von Beispielen zu versuchen. Ergebnis der Einordnungsbemühungen kann dann die Feststellung sein, ob eine einheitliche Klassifizierung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts möglich ist oder nicht.

²⁷ Vgl. Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 92.

²⁸ Ossenbühl, a.a.O., § 6 Rn. 92.

²⁹ Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 25.

³⁰ Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 36.

³¹ Ossenbühl, a.a.O., § 6 Rn. 93f.; ders., Bindung der Verwaltung, AöR 92, 478 (493).

³² Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 28.

³³ Stern hebt hervor, dass dies der Entstehungsgeschichte des dt. Verwaltungsrechts geschuldet ist (Allgemeines Verwaltungsrecht, JZ 1962, 265 [266f.]); vgl. dazu auch gds. Ule, Kodifizierung, S. 1162ff.; v. Unruh, Verwaltungsrecht, NVwZ 1988, 690 (691ff.).

III. Rechtsprechung und Literatur zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts

Zunächst soll anhand ausgewählter Beispiele gezeigt werden, wie die deutschen Gerichte mit einzelnen allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts umgehen und welche Ansichten dazu in der Literatur vertreten werden.

1. Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Aufopferung für das Gemeinwohl

Zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts sollen die Grundsätze über die Entschädigung bei Aufopferung für das Gemeinwohl gehören.³⁴ Die sogenannte Aufopferungsentschädigung beschäftigte die Gerichte in früherer Zeit in einer Vielzahl von Fällen.³⁵ Einige der Entscheidungen sollen hier exemplarisch aufgeführt und ein Überblick über die Stellungnahmen der Literatur zur Aufopferung gegeben werden.

(1) Rechtsprechung zur Aufopferung

a) BVerwGE 4, 6

In der Entscheidung aus dem Jahre 1956 ging es um die Frage, ob die Klägerin eine Entschädigung in Höhe der ortsüblichen Raum- und Inventarmiete dafür verlangen könne, dass die britische Besatzungsmacht bei ihr Gewerberäume requiriert hatte.

In seinem dritten Leitsatz hält das Bundesverwaltungsgericht fest: “Dem von einer Requisition Betroffenen steht kraft Bundesgewohnheitsrecht ein Aufopferungsanspruch besonderer Art zu, der auf eine angemessene Entschädigung gerichtet ist.”³⁶

Nachdem das Gericht festgestellt hatte, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die eine Entschädigung für Requisitionen vorsieht, bundesgesetzlich nicht vorhanden war, wandte es sich der Frage zu, ob dennoch eine Entschädigung verlangt werden könne.

Dazu blickte das Bundesverwaltungsgericht zurück und suchte in der deutschen Rechtsgeschichte nach entsprechenden Regelungen. Es fand zunächst zwei Gesetze des Deutschen Reiches³⁷, in denen nach dem ersten Weltkrieg die Entschädigung für Leistungen an die Besatzungsmacht geregelt worden war. Da diese Gesetze jedoch nicht mehr anwendbar seien, suchte das Gericht nach einer anderen Begründung für den Anspruch.

Dabei stieß es auf eine “geschichtliche Entwicklung” in Deutschland, die “mit dem Aufopferungsanspruch der §§ 74, 75 EinlALR³⁸ und der durch die Kriegschäden der Befreiungskriege veranlassten Kabinettsorder vom 4. Dezember 1831 ... begonnen hat und über das Gesetz über Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873 ... u.a. zu dem Reichsleistungsgesetz und dem Kriegssachschädenrecht geführt hat”³⁹.

Das Gericht verstand die Regelungen der §§ 74, 75 EinlALR dahingehend, dass “jeder, dem dadurch ein Schaden entsteht, dass der Staat aus Gründen des Gemeinwohles in seine

³⁴ Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 80 (m. w. N.).

³⁵ Zusammenstellung bei Ossenbühl, StHR, S. 110; Schwabe, Aufopferungsansprüche, NJW 1983, 2370.

³⁶ BVerwGE 4, 6 (7).

³⁷ Gesetz über die Vergütung von Leistungen für die feindlichen Heere im besetzten Reichsgebiet v. 02.03.1919 u. Besatzungsleistungsgesetz v. 05.04.1927.

³⁸ Von 1794.

³⁹ BVerwGE 4, 6 (14).

subjektiven Rechte eingreift, einen Anspruch auf Entschädigung für das ihm auferlegte besondere Opfer⁴⁰ habe. Ein solches Opfer werde auch dem von einer Requisition Betroffenen auferlegt, dem wegen dieses Sonderopfers ein bundesgesetzlicher Aufopferungsanspruch zustehe.⁴¹ Der Aufopferungsanspruch ist nach Ansicht des Gerichts deshalb ein besonderer, weil “das Opfer nicht von dem eigenen Staat, sondern von einer Besatzungsmacht auferlegt wird”⁴². Der Anspruch unterscheide sich “indessen materiell-rechtlich nicht von dem allgemeinen Aufopferungsanspruch”⁴³.

Um dieses Ergebnis zu begründen, zitiert das Gericht drei Literaturstimmen: *Forsthoff*, *Schack* und *H. J. Wolff*. Alle drei kommen zu dem Ergebnis, dass der Aufopferungsanspruch ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz sei, der in den §§ 74, 75 EinlALR seinen örtlich beschränkten Ausdruck gefunden habe⁴⁴; jedenfalls aber durch die Festschreibung der Enteignungsentschädigung in der Weimarer Reichsverfassung nicht mehr territorial begrenzt sei⁴⁵ und in der gesamten Bundesrepublik nunmehr gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt habe⁴⁶ - wobei *Schack* in ihm sogar “eine - ungeschriebene - bundesrechtliche, und zwar bundesverfassungsrechtliche Norm” sah.

Aus diesen Literaturansichten zog das Bundesverwaltungsgericht den Schluss, der von einer Requisition Betroffene könne “demnach unter diesem Gesichtspunkt laut deutschem Gesetz für den ihm entstandenen Schaden eine angemessene Entschädigung verlangen”⁴⁷.

Diese Urteilsbegründung kann nur teilweise überzeugen. Das Gericht hat im Ergebnis den allgemeinen und den von ihm im Fall für einschlägig gehaltenen besonderen Aufopferungsanspruch zu Gewohnheitsrecht erklärt, ohne viel mehr als eine historische Darstellung zu geben und Stimmen der Literatur anzuführen. Aus dem Aufscheinen des Aufopferungsgrundsatzes in der Rechtsgeschichte wurde auf dessen allgemeine Existenz und seine Einordnung als Gewohnheitsrecht geschlossen. Ein umfassender Nachweis für das Vorliegen von Gewohnheitsrecht wurde nicht geführt. Die Sondersituation von Schäden in Folge eines Krieges lag im Gegensatz zu anderen wiederkehrenden Rechtsübungen, in denen Gewohnheitsrecht anerkannt wird, viel zu selten und zeitlich begrenzt vor, um von andauernder Übung sprechen zu können. Einige oder mehrere gesetzliche Fixierungen der Aufopferung mögen ein Indiz für eine (allgemeine) Rechtsüberzeugung sein. Zwingend ist dies aber nicht. Zudem ersetzt eine regional und zeitlich begrenzte Regelung keine dauerhafte Übung im gesamten Bundesgebiet. Der Übergang vom allgemeinen zum besonderen Aufopferungsanspruch erfolgt ohne umfassende Herleitung.

Außerdem folgert das Gericht aus den von ihm entdeckten historische Regelungen den besonderen Anspruch bei Requisitionen durch die Besatzungsmacht. Dieser Erstrechtschluss drängt sich aber nicht auf, da die historischen Regelungen einen solchen Fall gerade nicht erfasst hatten.

Das Bundesverwaltungsgericht sah sich daher einiger Kritik an seiner Rechtsprechung ausgesetzt. Es ergriff deshalb die Gelegenheit und distanzierte sich in einer späteren Entscheidung⁴⁸ von seiner Rechtsprechung. Zur Begründung führte es dabei im wesentlichen an⁴⁹:

Die Entstehung von Gewohnheitsrecht setze eine tatsächliche, gleichmäßige Übung voraus,

⁴⁰ A.a.O., S. 14.

⁴¹ A.a.O., S. 14f..

⁴² A.a.O., S. 15.

⁴³ A.a.O., S. 15.

⁴⁴ Forsthoff, VerwR I (5. Aufl.), § 17 a. E. (S. 273).

⁴⁵ Schack, Urteilsanmerkung, NJW 1959, 306 (307); ders., Entschädigungsrecht, Gutachten zum 41 DJT, S. 36ff..

⁴⁶ H. J. Wolff, VerwR I (1. Aufl.), § 61 I a (S. 267).

⁴⁷ BVerwGE 4, 6 (15).

⁴⁸ BVerwGE 8, 4.

⁴⁹ A.a.O., S. 6ff. (insbes. S. 7).

die der Gesetzgeber nicht durch eine Kodifikation beeinflusst hat. Beides sei im Hinblick auf das Kriegs- und Besatzungsentschädigungsrecht nicht gegeben gewesen. Zum einen fehle es an der länger währenden Übung nach dem Zweiten Weltkrieg, zum anderen habe der deutsche Gesetzgeber immer wieder Regelungen entsprechenden Inhalts erlassen.

b) BGHZ 9, 83

Bereits mit seiner (Grundsatz-) Entscheidung aus dem Jahre 1953 wich der Bundesgerichtshof in weiten Teilen von der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Aufopferungsentschädigung ab.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall verlangte die Klägerin Ersatz der ihr aufgrund einer gesetzlich vorgeschriebenen Impfung entstandenen Schäden und der zukünftig noch entstehenden Aufwendungen.

Zu der hier interessierenden Frage der Herleitung des Aufopferungsanspruchs führte der Bundesgerichtshof aus: Der (allgemeine) Aufopferungsanspruch entstamme den §§ 74, 75 EinlALR.

Dabei ließ der Gerichtshof bei der Frage nach der Rechtswegeröffnung zunächst offen, „ob die Ansprüche (auf Entschädigung) aus §§ 74, 75 EinlALR, ihrer entsprechenden Anwendung oder aus einem gewohnheitsrechtlichen allgemeinen Rechtsgrundsatz hergeleitet werden können“⁵⁰. Er deutete damit aber schon an, dass er seine Entscheidung von diesen Denkansätzen ausgehend fällen wird.

Der Bundesgerichtshof gelangte im folgenden zu dem Ergebnis, dass der Entschädigungsanspruch der Klägerin „als ‘Aufopferungsanspruch’ begründet (ist), wie er sich gewohnheitsrechtlich gemäß dem in § 75 EinlALR enthaltenen Rechtsgrundsatz entwickelt hat“⁵¹. Der Inhaltsbeschreibung des § 75 EinlALR schloss der Gerichtshof die Feststellung an, dass der „Grundsatz, der in dieser Vorschrift seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, ... über den Bereich der früheren altpreußischen Provinzen hinaus allgemeine Geltung erlangt (hat) und ... deshalb auch ... für das Hamburger Gebiet anzuwenden“⁵² sei.

Eine differenziertere Auseinandersetzung mit Herkunft und Geltungskraft des Aufopferungsanspruchs unternahm der Bundesgerichtshof nicht, sondern setzte insoweit kommentarlos die Rechtsprechung des Reichsgerichts fort.

Es wird aber deutlich, dass der Grundsatz bereits in einer lokalen gesetzlichen Regelung bestanden hat. Seine Grundsätzlichkeit wurde betont und zur Begründung für die Ausdehnung auf das gesamte Reichsgebiet gemacht.

Interessant ist die Entscheidung allerdings im Hinblick auf die Ausgestaltung des Aufopferungsanspruchs. Der Bundesgerichtshof wich hier nämlich ausdrücklich von der Rechtsprechung des Reichsgerichts ab, indem er den Aufopferungsanspruch auch auf Eingriffe aufgrund Gesetzes und auf solche in die körperliche Unversehrtheit ausdehnte.

Zunächst stellte der Bundesgerichtshof fest, dass das Reichsgericht den „in § 75 EinlALR zum Ausdruck gebrachten Grundsatz“⁵³ in ständiger Rechtsprechung dahingehend eingeschränkt habe, dass die Entschädigung für gesetzlich angeordnete Maßnahmen ausgeschlossen (a) und nur für Eingriffe in das Eigentum und in vermögenswerte Rechte vorgesehen sei (b).

(a) Die Versagung der Entschädigung bei auf Gesetz beruhenden Eingriffen gab der Bundesgerichtshof mit der Begründung auf, dass entscheidend die Sondersituation sei. Das

⁵⁰ BGHZ 9, 83 (84).

⁵¹ A.a.O., S. 85f..

⁵² A.a.O., S. 86.

⁵³ A.a.O., S. 86.

Reichsgericht habe insoweit die Kabinettsorder vom 04.12.1831, die es seiner Entscheidung zugrunde legte, falsch aufgefasst. Man könne nicht zwischen dem Eingriff und seinen Folgen trennen. Der Bundesgerichtshof stellte klar, dass es auch nach der Kabinettsorder allein darauf ankomme, dass “das Gesetz von den von ihm Betroffenen bewusst eine entsprechende Pflichterfüllung fordert und ... verlangt, dass die Betroffenen die nachteiligen Folgen, die die gesetzlich angeordneten Maßnahmen für alle oder einen begrenzten Kreis von ihnen haben, hinnehmen”⁵⁴. Für die Frage der Entschädigung von Eingriffen aufgrund Gesetzes komme es deshalb immer darauf an, ob die Gesetze gerade die Hinnahme eines besonderen Opfers für die Allgemeinheit fordern (wie beispielsweise das Wehrdienstgesetz) oder nicht. So liege ein Aufsichnehmen erheblicher gesundheitlicher Schäden durch den zu Impfenden gänzlich außerhalb der Willensrichtung des (Impf-) Gesetzgebers, wie die Möglichkeit des Absehens von der Impfung bei befürchteten Gesundheitsschäden zeige.

Der Bundesgerichtshof sah also den in § 75 EinlALR normierten Grundsatz der staatlichen Entschädigungspflicht darin, dass für “jedes Sonderopfer, das der einzelne an irgendwelchen Rechtsgütern zum Wohle der Allgemeinheit zu erbringen genötigt wird”⁵⁵, angemessene Entschädigung zu leisten sei.

(b) Sodann vertrat der Bundesgerichtshof die Ansicht, dass die Beschränkung des Aufopferungsgedankens aus § 75 EinlALR auf Beeinträchtigungen des Eigentums und vermögenswerter Rechte durch die Kabinettsorder “gewöhnheitsrechtlich beseitigt worden”⁵⁶ sei.

Zur Begründung dafür führte der Gerichtshof an, dass sich der “Umfang der von dem Begriff der Enteignung umfassten Eingriffe”⁵⁷ dahin geändert habe, dass auch Eingriffe in vermögenswerte Rechte erfasst würden. Zum Nachweis verwies der Bundesgerichtshof auf seine eigenen Rechtsprechung.⁵⁸

Außerdem hatte sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofs zusätzlich eine Rechtsentwicklung dahingehend vollzogen, dass “zwischen Eingriffen in Eigentum und sonstige Rechte einerseits und solchen in Leben und Gesundheit andererseits”⁵⁹ hinsichtlich der Entschädigungspflicht des Staates nicht mehr unterschieden werden könne. Der gleichwertige Schutz werde durch Art. 2 GG, also die Verfassung, gewährt: “Dadurch, dass dieses Recht (auf körperliche Unversehrtheit) ausdrücklich als Grundrecht in die Verfassung aufgenommen worden ist, hat die Bedeutung ... für das allgemeine Rechtsbewusstsein nur noch beredten Ausdruck gefunden.”⁶⁰

Die gewöhnheitsrechtliche Ausgestaltung des Aufopferungsanspruchs stützte der Gerichtshof weiter mit dem Hinweis darauf, dass wegen Art. 3 GG auch die Aufopferung zu entschädigen sei und die Normierung der Entschädigung speziell für Enteignungen in Art. 14 GG dem nicht entgegenstehe. Es läge “keinerlei Anhalt dafür vor, dass das Grundgesetz damit die Entschädigung bei Eingriffen anderer Art verneinen will”⁶¹.

Hinzu käme, dass die Stellung, “die der einzelne nach heutiger Anschauung zum Staat einnimmt, und der im heutigen Rechtsstaat dem einzelnen verfassungsmäßig garantierte Schutz seiner wichtigsten Lebensgüter ... (gebiete), dass ein Schaden, der dem einzelnen im Interesse der Allgemeinheit durch Eingriffe in diese Lebensgüter zugefügt wird, nicht von dem einzelnen, sondern von der Allgemeinheit getragen”⁶² werden müsse. Aus alldem sei abzuleiten, dass auch immaterielle Schäden nach Aufopferungsgesichtspunkten zu

⁵⁴ A.a.O., S. 87.

⁵⁵ A.a.O., S. 88.

⁵⁶ A.a.O., S. 88.

⁵⁷ A.a.O., S. 88.

⁵⁸ Und zwar wird auf BGHZ 6, 270 (278) verwiesen.

⁵⁹ BGHZ 9, 83 (89).

⁶⁰ A.a.O., S. 89.

⁶¹ A.a.O., S. 90.

⁶² A.a.O., S. 91.

entschädigen seien.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zeichnet sich dadurch aus, dass zunächst eine gewohnheitsrechtliche Geltung und Inhaltsbestimmung des Aufopferungsanspruchs behauptet wird. Genau genommen setzt das Gericht sich aber mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts auseinander, die bisher das Verständnis der Rechtserscheinung bestimmt hatte. Diese Vorgehensweise deutet eher darauf hin, dass es sich beim Aufopferungsanspruch um richterliches Recht gehandelt haben könnte. Soweit der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht bereits ein Gewohnheitsrecht zugrunde lag, fehlte es der Entscheidung des Bundesgerichtshofs an einer gesetzlichen Grundlage. Sie wird allerdings durch die nun auf das Grundgesetz gestützte Argumentation abgesichert.

Sollte der Aufopferungsanspruch dagegen bereits Gewohnheitsrecht gewesen sein, so hat der Bundesgerichtshof versucht, dieses ihn (grundsätzlich) strikt bindende Recht im Lichte des Grundgesetzes auszulegen.

c) Ergebnis

Die deutsche Rechtsprechung behandelt den Aufopferungsanspruch als ein gewohnheitsrechtliches Institut. Der Bundesgerichtshof behält sich vor, den Inhalt des Instituts zu konkretisieren, umzugestalten und der Verfassung anzupassen. Die Veränderung des Verständnisses vom Aufopferungsanspruch wird mittels verfassungskonformer Auslegung gerechtfertigt. Fraglich bleibt dabei jedoch, ob der Aufopferungsanspruch tatsächlich gewohnheitsrechtlich fixiert war oder es sich bei ihm „nur“ um Richterrecht gehandelt hat oder eine weitere Begründung berücksichtigt werden muss.

(2) Literatur zur Aufopferung

Die Literaturstimmen, die sich zum Aufopferungsanspruch äußern, greifen wie die Rechtsprechung auf die §§ 74, 75 EinlALR zurück.⁶³ Der Anspruch wird als gewohnheitsrechtlich⁶⁴, aber auch als richterrechtlich⁶⁵ verankert angesehen oder aus der Verfassung abgeleitet. Aus Art. 3 GG wird als eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips herausgelesen, dass Sonderopfer zu kompensieren sind.⁶⁶ Das Grundgesetz soll mit dieser Vorschrift heute den Aufopferungsgedanken tragen⁶⁷, weil in Art. 3 Abs. 1 GG ein verfassungsrechtlicher „Opferausgleichssatz“⁶⁸ enthalten sei: Danach wird der Gleichheitssatz dann zum Ausgleichssatz, wenn die Gleichheit durch die Auferlegung ungleicher (Sonder-) Opfer zugunsten des öffentlichen Interesses durchbrochen wird.

Andere gehen so weit, „bereits und vornehmlich aus den einzelnen Grundrechten ... (abzuleiten), dass und wie weit der Staat zur Entschädigung für die von ihm veranlasste Aufopferung immaterieller Rechte gehalten ist“⁶⁹. Wieder andere Autoren sehen im

⁶³ Ausführlicher Nachweis bei Ferschl, Aufopferungsanspruch, S. 25ff.; a. A. Larenz, Wegweiser, S. 301.

⁶⁴ Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14 Rn. 482; Kreft, Enteignung und Aufopferung, JZ 1975, 133 (141); Kunig, Aufopferung, Jura 1992, 554 (556); Schenke, Aufopferungsanspruch, NJW 1991, 1777 (1778); Schmitt-Kammler, Aufopferungsgedanke, JuS 1995, 473 (479); Wolff/Bachof/Stober, AllgVerwR, § 25 Rn. 16.

⁶⁵ Schack, Urteilsanmerkung, NJW 1959, 307.

⁶⁶ Schenke, Aufopferungsanspruch, NJW 1991, 1777 (1782).

⁶⁷ Forkel, Aufopferungsanspruch, JZ 1969, 7 (8ff.); Schenke, a.a.O., S. 1782.

⁶⁸ So Dürig, Grundfragen, JZ 1955, 521 (522); ders., Staat, in: FS Apelt, S. 13 (49).

⁶⁹ Kunig, Aufopferung, Jura 1992, 554 (556); ebenso Monhaupt/Reich, Aufopferungsansprüche, NJW 1967, 758 (762), die Art. 2 II, III u. 20 GG zusammenziehen. Weiterhin: Palandt-Bassenge, BGB, vor § 903, Rn. 50; Mayer/Kopp, AllgVerwR, § 54 II.

Aufopferungsgrundsatz ein - ungeschriebenes - rechtsstaatliches Verfassungsprinzip.⁷⁰

In der Literatur ist damit eine klare Herleitung oder eindeutige Ableitung des Aufopferungsanspruchs nicht erkennbar.⁷¹ So stellt *Schenke* fest: „Leugnet man die gewohnheitsrechtliche Geltung eines alle immateriellen Rechte umfassenden Aufopferungsanspruchs und hält man auch den in Art. 3 GG angelegten Ausgleichsgedanken in Verbindung mit seinen bisher erfolgten richterrechtlichen Konkretisierungen für die Begründung eines solchen Aufopferungsanspruchs allein für noch nicht ausreichend, so bilden die einfachgesetzlichen Ausprägungen des Aufopferungsgedankens ... mit eine Grundlage für eine den Entschädigungsanspruch stützende Gesamtanalogie“⁷².

Der Gesetzgeber geht ebenfalls von der Existenz des Aufopferungsgedankens aus und sieht ihn zum Beispiel in § 45 VwVfG konkretisiert.⁷³ Auch § 40 Abs. 2 S. 1 1. Alt. VwGO erkennt die Aufopferung für das gemeine Wohl an.⁷⁴

(3) Stellungnahme

Die Ausführungen der Literatur zeigen, dass eine einheitliche oder überzeugende Herleitung des Aufopferungsanspruchs nicht behauptet werden kann.⁷⁵ Offensichtlich neigt man zwar dazu, einen gewohnheitsrechtlichen Ursprung des Anspruchs anzunehmen, kann zugleich aber nicht verleugnen, dass der Anspruch über die Jahre durch die Gerichte verschieden ausgestaltet worden ist. Es deutet sich eine Kombination aus gewohnheitsrechtlichem Institut und richterrechtlicher Ausgestaltung an - ein gewohnheitsrechtlicher Anspruch, der richterlich ausgestaltet ist.⁷⁶

Es besteht außerdem die Tendenz, das vorkonstitutionelle Institut nun mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Zur Rangfrage nimmt hier *Ossenbühl* deutlich Stellung⁷⁷: Er hält den Aufopferungsanspruch für einen Teil der Verfassung, weil er die Grundlage des Anspruchs im „Lastenausgleichsprinzip“ sieht.⁷⁸ Der Aufopferungsanspruch wird für ihn „über Art. 3 GG auf die Verfassungsebene gezogen“⁷⁹. Damit sei aber lediglich die Existenz des Anspruchs verfassungsrechtlich verbürgt. Die Ausgestaltung des Anspruchs im einzelnen liege auf der Ebene des einfachen Rechts.⁸⁰

Wenn der Aufopferungsanspruch gewohnheitsrechtlichen Ursprungs ist, dann stellt sich die dogmatische Frage der Anpassung vorkonstitutionellen Rechts an die Verfassung. Außerdem ist zu fragen, ob zwischen dem Aufopferungsgedanken und seiner (gewohnheits- oder

⁷⁰ v. Mangoldt/Klein, GG (2. Aufl.), Art. 14 Anm. VI 3; Wolff/Bachof, VerwR I (9. Aufl.), § 61 I b (S. 535).

⁷¹ So Kunig, der von einer „richterrechtlichen, Gewohnheitsrecht begründenden Ausformung“ des Aufopferungsanspruchs spricht (Aufopferung, Jura 1992, 554 (556)); vgl. auch die Darstellung bei Kreft, Enteignung und Aufopferung, JA 1975, 133; ausdrücklich Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14 Rn. 483.

⁷² Schenke, Aufopferungsanspruch, NJW 1991, 1777 (1783).

⁷³ BT-Drucksache 7/910, S. 73 und 76.

⁷⁴ Vgl. Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14 Rn. 482; Ferschl, Aufopferungsanspruch, S. 24.

⁷⁵ Vgl. auch Ossenbühl, StHR, S. 130.

⁷⁶ So wird vertreten, dass die den in den §§ 74, 75 EinlALR enthaltenen Rechtsgedanken ausbauende und bestätigende Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht erstarkt sei. Vgl. Depenheuer, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14, Rn. 482; Ferschl, Aufopferungsanspruch, S. 53; Kimminich, Entschädigungspflichten, JuS 1969, 349; Papier in: M/D/H/S, GG II, Art. 34 Rn. 51; ders., in: HdbStR VI, § 157 Rn. 67; Scheuner, Amtshaftung, JuS 1961, 243 (246).

⁷⁷ Ossenbühl, StHR, S. 130.

⁷⁸ A.a.O., S. 130.

⁷⁹ A.a.O., S. 130; ebenso Friauf, Öffentliche Sonderlasten, in: FS Jahrreiß, S. 45 (65f.); ähnlich Dürig in: M/D/H/S, GG I, Art. 3 I Rn. 58.

⁸⁰ Ossenbühl, a.a.O., S. 130; Rüfner, Personenschäden, Gutachten zum 49. DJT 1972, S. 36; ebenso Kunig, Aufopferung, Jura 1992, 554.

verfassungsrechtlichen) Anerkennung sowie der richterrechtlichen Ausgestaltung des Anspruchs unterschieden werden kann.

(4) Inhalt des Aufopferungsanspruchs

Üblicherweise wird der Aufopferungsanspruch folgendermaßen beschrieben: Es gibt einen Aufopferungskernbestand und Fälle, bei denen festgestellt werden muss, ob ihre vom Kernbestand abweichenden Konstellationen auch unter den Aufopferungsgedanken subsumiert werden können.⁸¹ Der unbestrittene Kernbereich des Aufopferungstatbestandes⁸² umfasst die Fälle, in denen ein schädigender hoheitlicher Eingriff in immaterielle Rechtsgüter, der zielgerichtet war, im Interesse des Gemeinwohls in rechtlich statthafter Weise erfolgte und dem Betroffenen ein besonderes Opfer auferlegt hat.⁸³

Neben diesem unbestrittenen Kernbereich, der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter dem Stichwort „Aufopferung“ wiederzufinden ist, finden sich die verschiedenen gesetzlich geregelten Aufopferungsfälle⁸⁴.

(5) Art. 123 GG und Gewohnheitsrecht

Nimmt man an, dass der Aufopferungsanspruch bereits in der Weimarer Zeit gewohnheitsrechtliche Geltung hatte, so war er bei Schaffung des Grundgesetzes geltendes Recht. Mit Inkrafttreten des Grundgesetzes konnte er bei Vereinbarkeit mit Art. 123 GG weitergelten.⁸⁵

Wesentlich ist, dass die Weitergeltungsanordnung des Art. 123 GG dazu führt, dass einerseits der Inhalt des vorkonstitutionellen Rechts rezipiert wird, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht, und andererseits die Geltung dieses Rechts neu angeordnet wird.⁸⁶ Folge dieser Anordnung ist, dass das vorkonstitutionelle Recht „aus seiner alten Verwurzelung gelöst“ und auf den rechtsstaatlich-demokratischen Boden des Grundgesetzes gestellt wird.⁸⁷ Die Fortgeltungsanordnung auch für vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht ist die heute herrschende Ansicht und dürfte, wie *Maunz* betont⁸⁸, sowohl vom Wortlaut als auch vom Sinn der Norm her kaum zu bestreiten sein.⁸⁹

War der Aufopferungsanspruch also bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits zu Gewohnheitsrecht erstarkt, so galt er gemäß Art. 123 GG als nachkonstitutionelles Recht weiter, wenn er dem Grundgesetz nicht widersprach.

Ein etwaiger Widerspruch des Aufopferungsanspruchs zum Grundgesetz wird von niemandem behauptet. Vielmehr wird der Aufopferungsgedanke sogar als im Grundgesetz verankert angesehen.⁹⁰ Die Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Gedankens ist dann umso wahrscheinlicher mit dem Grundgesetz vereinbar, da sie den Vätern und Müttern des

⁸¹ Schmitt-Kammler, Aufopferungsgedanke, JuS 1995, 473 (475).

⁸² So Schmitt-Kammler, a.a.O., S. 474.

⁸³ Vgl. Bothe, Enteignung, JuS 1976, 515 (518); Ossenbühl, StHR, S. 112; Schmitt-Kammler, a.a.O., S. 473.

⁸⁴ Z. B. im BSeuchG

⁸⁵ Kirn in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 123 Rn. 4; BVerfGE 15, 226 (232f.); 34, 293 (303f.); 41, 251 (263), grundsätzlich E. Wolff, Art. 123 GG, DRiZ 1950, 1ff.

⁸⁶ Kirn, a.a.O., Art. 123 Rn. 1.

⁸⁷ Kirn, a.a.O., Art. 123 Rn. 1.

⁸⁸ Maunz, in: M/D/H/S, GG IV, Art. 123 Rn. 6 u. Fn. 2 m. w. N..

⁸⁹ Insofern ist die Ansicht von Haas, Landesrecht, DVBl. 1957, 374 klar abzulehnen. Art. 123 GG stellt nicht nur die inhaltliche Vereinbarkeit vorkonstitutionellen Rechts mit dem Grundgesetz sicher, sondern legitimiert auch die Rechtsart in deren Gewand die Regelung entstanden ist.

⁹⁰ Dürig, Grundfragen, JZ 1955, 521 (522); ders., in: M/D/H/S, GG I, Art. 3 I Rn. 58; Friauf, Öffentliche Sonderlasten, in: FS Jahrreiß, S. 45 (65f.); Schenke, Aufopferungsanspruch, NJW 1991, 1777 (1782).

Grundgesetzes bekannt war. Ein bereits vor Inkrafttreten des Grundgesetzes zu Gewohnheitsrecht erstarkter Aufopferungsanspruchs galt somit auch unter dem Grundgesetz weiter.

Aus der Weitergeltungsanordnung ergibt sich folgende Konsequenz: Der vor Inkrafttreten des Grundgesetzes zu Gewohnheitsrecht erstarkte Aufopferungsanspruch wurde vom Reichsgericht aus den §§ 74, 75 EinlALR abgeleitet, also aus einfachem Gesetzesrecht, und damit auch nur einfachgesetzlich verankert. Eine Ableitung über die einfachgesetzliche Ebene hinaus ist nach der Argumentation des Bundesgerichtshofs nicht nötig.⁹¹ Aus der Anordnung des Art. 123 GG ergibt sich, dass allein das Bestehen des Aufopferungsanspruchs notwendig ist. Der Anspruch muss sich nicht aus dem Grundgesetz ableiten lassen. Notwendig ist nur die Vereinbarkeit mit ihm, d.h. eine Legitimation nach oben hin. Eine über die einfachgesetzliche Verankerung hinausgehende Rechtfertigung ist nicht erforderlich. Sollte der Aufopferungsgedanke zusätzlich auch im Grundgesetz zu finden sein, wäre der Aufopferungsanspruch besonders gefestigt. Die Weitergeltungsanordnung bezieht sich dann auf die unterverfassungsrechtliche Ausgestaltung des Anspruchs.

Unter dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung vorkonstitutionellen Rechts⁹² hätte der Bundesgerichtshof mit der Ausdehnung der Aufopferungsentschädigung auf die Beeinträchtigung immaterieller Rechte unter Heranziehung grundgesetzlicher Regelungen einen legitimen Weg beschritten.⁹³ Denn wenn dem Grundgesetz ein umfassender Schutz des einzelnen zu entnehmen ist, dem die alte Ausgestaltung des Aufopferungsanspruchs nicht vollumfänglich genüge, so ist seine verfassungskonforme Anpassung (d.h. Umgestaltung) nicht nur zulässig, sondern geboten. Das Vorgehen entspricht der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen.

Angesichts der in der Literatur vertretenen Ansichten ist allerdings fraglich, ob die Aufopferung tatsächlich bereits gewohnheitsrechtlich begründet war und Art. 123 GG deshalb überhaupt zum Tragen kommen konnte.

(6) Unterscheidung zwischen Anerkennung und Ausgestaltung der Aufopferung

In den bisherigen Ausführungen klang bereits an, dass möglicherweise zwischen der Anerkennung des Aufopferungsgedankens und der Ausgestaltung des Aufopferungsanspruchs unterschieden werden muss. So finden sich immer wieder die unterschiedlichen Formulierungen „Aufopferungsgedanke“ und „Aufopferungsgrundsatz“ auf der einen sowie „Aufopferungsanspruch“ auf der anderen Seite. Will man diese unterschiedliche Begriffswahl nicht für unwesentlich halten, so stellt sich die Frage, ob das, was gemeinhin mit dem Oberbegriff „Aufopferung“ erfasst wird, in verschiedene Unterbegriffe aufgegliedert⁹⁴ und unterschiedlich behandelt werden muss.

Der allgemeine Rechtsgedanke, der nach übereinstimmender Ansicht in den §§ 74, 75 EinlALR seinen Ausdruck gefunden haben soll⁹⁵, wird beschrieben als Konfliktlösung von Allgemeinwohl und Individualrecht.⁹⁶ Es sollten alle „Rechte und Vorteile“ entschädigt werden (§ 75 EinlALR), die durch Staatseingriffe beeinträchtigt wurden. Aufgrund dieser weiten Bestimmung der Aufopferungssituation, die damit ursprünglich den gesamten Bereich

⁹¹ BGHZ 9, 83 (85f.).

⁹² Vgl. Kirm in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 123 Rn. 5.

⁹³ Dies sieht Fersch, Aufopferungsanspruch, S. 33f., anders. Er unterscheidet jedoch nicht zwischen der gewohnheitsrechtlichen Ausgestaltung und der verfassungsrechtlichen Anerkennung der Aufopferung.

⁹⁴ So beispielsweise Kunig, Aufopferung, Jura 1992, 554, der meint, der Begriff „Aufopferung“ stehe „für einzelne staatshaftungsrechtliche Anspruchsnormen, aber zugleich für den Grundgedanken des Rechts staatlicher Ausgleichsverpflichtung“ (S. 554). Ebenso Schmitt-Kammler, Aufopferungsgedanke, JuS 1995, 473.

⁹⁵ H. M., vgl. nur Ossenbühl, StHR, S. 125f.

⁹⁶ Ossenbühl, a.a.O., S. 124.

umfasste⁹⁷, der heute in Staatshaftung, Aufopferung und Enteignung untergliedert wird, ist der Rechtsgedanke generell dahingehend zu formulieren, dass Aufopferungen für das Gemeinwohl zu entschädigen sind.⁹⁸

Demgegenüber beschreibt der Aufopferungsanspruch diejenigen Voraussetzungen, unter denen ein Fall der Aufopferung vorliegt (Tatbestand) und entschädigt werden soll (Rechtsfolge). Eine entsprechende Unterscheidung hat *Ossenbühl* für die Frage der Verankerung des Aufopferungsanspruchs getroffen.⁹⁹

Aufgrund dieser Unterscheidung wäre zu folgern, dass der Aufopferungsgedanke rechtlich anders zu systematisieren ist als seine Ausgestaltung, der Aufopferungsanspruch, bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolge. Möglicherweise ist der Aufopferungsgedanke gewohnheitsrechtlich oder anderweitig anerkannt (und seit 1949 sogar im Grundgesetz verankert), der Aufopferungsanspruch i.e.S. jedoch gesetzlich (z. B. Impfschäden, Enteignung), gewohnheitsrechtlich oder richterrechtlich ausgestaltet.

Dies würde bedeuten, dass Aufopferung ein Rechtsgedanke ist, der allgemein gilt und nicht einfach wieder aufgegeben werden kann. Der Aufopferungsanspruch i.e.S. wird dagegen vom Gesetzgeber, vom Richter oder durch die Gewohnheit ausgestaltet. Darauf wird zurückzukommen sein.

(7) Ergebnis

Der Aufopferungsanspruch i.e.S. ist der Entschädigungsanspruch des Bürgers gegenüber dem Staat und damit ein materiellrechtlicher Anspruch.

Seine rechtstheoretische Einordnung, d.h. die Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsquelle, bleibt umstritten.

⁹⁷ Kunig, Aufopferung, Jura 1992, 554; Ossenbühl, a.a.O., S. 125ff..

⁹⁸ Kunig, a.a.O., S. 554.

⁹⁹ StHR, S. 130: Die Existenz des Aufopferungsanspruchs ist verfassungsrechtlich verbürgt, seine Ausgestaltung obliegt dem einfachen Recht. Ebenso Kunig, a.a.O., S. 556.

2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Als zweites Beispiel allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsrechts soll der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dargestellt werden.¹⁰⁰ Die systematische Darstellung dieses Grundsatzes fällt besonders schwer, weil neben der Schwierigkeit seiner Einordnung das Problem einer großen Begriffsvielfalt besteht.

Zur dogmatischen Einordnung spricht *Maurer* davon, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowohl "seit langem anerkannt und damit gewohnheitsrechtlich verfestigt (ist), er ergibt sich aber auch aus dem Grundgesetz ..., er ist ferner verallgemeinerungsfähig in einzelnen Rechtgebieten, ... positivrechtlich geregelt und er kann schließlich aus den "Rechtsgrundsätzen" abgeleitet werden"¹⁰¹.

Neben dieser, so vielfältige Ansätze enthaltenden Herleitung muss mit *Hirschberg* festgehalten werden, dass der Begriff "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz" mit den unterschiedlichsten Inhalten gefüllt wird¹⁰², was die Arbeit, insbesondere mit der Rechtsprechung, erschwert.

Gerade deshalb soll im folgenden der Umgang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Rechtsprechung und Literatur exemplarisch aufgezeigt werden, soweit es für die Fragestellung dieser Arbeit relevant ist.

(1) Rechtsprechung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Geburtsstunde des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird im "Kreuzberg-Urteil" des Preußischen Oberverwaltungsgerichts¹⁰³ gesehen¹⁰⁴. Darin hatte das Gericht der Polizei versagt, bei einer baupolizeilichen Maßnahme ästhetische Belange zu berücksichtigen, ohne dass hierfür eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage vorhanden war.¹⁰⁵ Es erklärte eine Polizeiverordnung für ungültig, die die zulässige Bebauungshöhe von Grundstücken beschränkte, um Sichtbeeinträchtigungen vom und auf das Denkmal auf dem Berliner Kreuzberg zu verhindern. Durch diese Rahmensetzung und durch die verwaltungsgerichtliche Überprüfung hoheitlicher Maßnahmen, die sich auch am Zweck der Maßnahmen orientierten, waren die Grundlagen für die Ausbildung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gelegt.¹⁰⁶

a) BVerfGE 7, 377 - Apothekenurteil

Im Apothekenurteil vom 11.06.1958 beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht erstmals ausführlich mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Gericht hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob die Erteilung einer Betriebserlaubnis zur Eröffnung einer Apotheke

¹⁰⁰ Zuordnung z. B. bei Bertrams, *Revisibles Recht*, DÖV 1992, 97 (99); H. Huber, *Verhältnismäßigkeit*, ZfSchwR 1977, 1.

¹⁰¹ AllgVerwR, § 4 Rn. 23.

¹⁰² *Verhältnismäßigkeit*, S. 15ff. (insbes. S. 21f.).

¹⁰³ Urteil v. 14.06.1882, PrOVG 9, 353; dazu Friauf, *POR*, in: Schmidt-Aßmann, *BesVerwR*, Rn. 8; Rott, *Kreuzberg-Urteil*, NVwZ 1982, 363; Schenke, *POR*, in: Steiner, *BesVerwR*, Rn. 5. Dabei ist es ungenau, von „dem“ Kreuzberg-Urteil zu sprechen. Das PrOVG hatte sich bereits im Jahr 1880 mit einem ähnlichen Sachverhalt befassen müssen. Auch in diesem Urteil hatte das PrOVG eine gesetzliche Grundlage für die Versagung einer Baugenehmigung verlangt. Siehe zum ersten Urteil Kroeschell, *Das Kreuzberg-Urteil*, VBIBW 1993, 268.

¹⁰⁴ Vgl. Hirschberg, *Verhältnismäßigkeit*, S. 3 m. w. N.; allgemein H. Huber, *Verhältnismäßigkeit*, ZfSchwR 1977, 1.

¹⁰⁵ Interpretationen zum Kreuzberg-Urteil bei Götz, *POR*, § 2 Rn. 12; K. Vogel, *Herkunft des Polizeirechts*, in: FS Wacke, S. 375 (382f.).

¹⁰⁶ Vgl. Hirschberg, *Verhältnismäßigkeit*, S. 3 (m. w. N. zur Rechtsprechung vor 1949, S. 4 Fn. 20).

auf der Grundlage des damaligen Apothekengesetzes von einer Bedürfnisprüfung abhängig gemacht werden durfte.

Nachdem das Gericht im Zuge der Grundrechtsprüfung herausgestellt hatte, dass die Tätigkeit als Apotheker ein eigener Beruf und deshalb der Anwendungsbereich des Art. 12 GG eröffnet ist, stellte es fest, dass der Apothekenbetrieb in Deutschland seit alters her als Gewerbeausübung behandelt wurde und stets einer Erlaubnis bedurfte. Sodann entwickelte das Gericht seine Stufendogmatik¹⁰⁷ zu Art. 12 GG, in deren Rahmen es auch auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeht:

Zunächst hielt das Gericht fest, dass bei Eingriffen in die Berufsfreiheit darauf zu achten sei, dass "jeweils in sorgfältiger Abwägung der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander geradezu widerstrebenden Interessen"¹⁰⁸ ein Ausgleich gefunden werden muss, damit der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Für die Stufe der subjektiven Voraussetzungen der Berufsaufnahme formulierte das Gericht dann ausdrücklich, dass hier "das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (verlangt), dass die vorgeschriebenen subjektiven Voraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen"¹⁰⁹. Eine explizite Herleitung oder Ausformulierung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit erfolgte nicht. Das Gericht führte aber in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht - die die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers über Art. 19 Abs. 2 GG begrenzten - aus, dass seine "vorstehenden Darlegungen" ergeben hätten, "dass bereits eine dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im Rahmen des sozialen Lebens Rechnung tragende Auslegung zu einer sachgemäßen Begrenzung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers führt"¹¹⁰.

Das Bundesverfassungsgericht leitete hier also zumindest für Art. 12 GG die Beschränkung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips direkt aus dem Grundrecht ab. Damit entwickelte es für Art. 12 GG eine eigene Stufen-Theorie.¹¹¹

b) Weitere Entscheidungen

Zur rechtlichen Ableitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nimmt das Bundesverfassungsgericht noch mehrfach¹¹² Stellung. Drei weitere Entscheidungen seien hier exemplarisch angeführt.

(a) In der Entscheidung vom 15.12.1965¹¹³, in der es um die Haftverschonung eines aufgrund Haftbefehls nach § 112 Abs. 4 StPO Inhaftierten ging, sah sich das Gericht zur Bestätigung der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch im Strafrecht gedrängt. Es führte aus: "In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs

¹⁰⁷ Zur 3-Stufentheorie siehe im folgenden Text: (1) staatliches Handeln - auch in Form von Gesetzen - muss zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet sein; (2) zur Zielerreichung muss das mildeste Mittel gewählt werden (Erforderlichkeit); (3) Beeinträchtigung darf nicht außer Verhältnis zum erreichten Erfolg stehen (Angemessenheit o. Verhältnismäßigkeit i. e. S.).

¹⁰⁸ BVerfGE 7, 377 (405).

¹⁰⁹ A.a.O., S. 407.

¹¹⁰ A.a.O., S. 409.

¹¹¹ Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist die Belastung durch den Eingriff festzustellen, die gds. von Berufsausübungsregelungen über subjektive Zulassungsbeschränkungen hin zu objektiven Zulassungsbeschränkungen zunimmt (1. Teil der Stufenlehre). Zur Feststellung der Angemessenheit ist für jede der drei Arten der Einschränkungen der Berufsfreiheit eine eigene Güterabwägung vorzunehmen (2. Teil der Stufentheorie). Vgl. dazu nur Pieroth/Schlink, Grundrechte, § 21 Rn. 855.

¹¹² Vgl. den umfassenden Nachweis bei Grabitz, Verhältnismäßigkeit, AöR 98, 568 (584 Fn. 87).

¹¹³ BVerfGE 19, 348f.

des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist. Für das Grundrecht der persönlichen Freiheit folgt dies auch aus der besonderen Bedeutung, die gerade diesem Grundrecht als der Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit des Bürgers zukommt und die das Grundgesetz dadurch anerkennt, dass es in Art. 2 Abs. 2 die Freiheit der Person als ‘unverletzlich’ bezeichnet.”¹¹⁴

(b) Auch die Entscheidung vom 03.05.1966¹¹⁵ beschäftigte sich mit dem Strafrecht. Es ging um die bereits fünfjährige Dauer einer Untersuchungshaft. Das Bundesverfassungsgericht sprach hier aus, dass der “verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”¹¹⁶ nicht nur für die Anordnung, sondern auch für die Dauer der Untersuchungshaft von Bedeutung sei.¹¹⁷

(c) In der Entscheidung vom 05.03.1968¹¹⁸ ging das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung von Strafzumessungserwägungen auf die “Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes” ein. Zu deren Herkunft führte das Gericht aus: Die Grundsätze ergeben sich “als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip (und haben) deshalb Verfassungsrang”¹¹⁹. Diese Aussage enthält die gesamte Begründung der Herleitung der Grundsätze. Zur Stützung führt das Gericht allein sechs ältere Entscheidungen an. Daraus wird ersichtlich, dass das Gericht seine Rechtsprechung für gesichert hält und glaubt, auf ausführlichere Begründungen verzichten zu können.

c) Ergebnis

Das Bundesverfassungsgericht leitet den Grundsatz zuvörderst aus dem Rechtsstaatsprinzip ab. Dies zeigt, dass das Gericht das Rechtsstaatsprinzip als formelles und materielles Prinzip¹²⁰ begreift.¹²¹

Für das Bundesverfassungsgericht gehört die Gerechtigkeitsidee zum Rechtsstaatsprinzip¹²², weshalb es zwangsläufig den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips ansieht.¹²³ Die Herleitung des Grundsatzes aus dem Rechtsstaatsprinzip stützt das Gericht zusätzlich, indem es den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als sich im Grunde “aus dem Wesen der Grundrechte selbst”¹²⁴ ergebend bezeichnet. Der allgemeine Freiheitsanspruch der Bürger, den die Grundrechte konkretisieren, dürfe nur soweit beschränkt werden, wie es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist.¹²⁵ Damit unterstrich das Bundesverfassungsgericht, dass es die Freiheitsrechte als die von der

¹¹⁴ A.a.O., S. 342.

¹¹⁵ BVerfGE 20, 45.

¹¹⁶ A.a.O., S. 49.

¹¹⁷ Das Gericht bezieht sich dabei auf seine Entscheidung im 19. Band (S. 248).

¹¹⁸ BVerfGE 23, 127 (133).

¹¹⁹ A.a.O., S. 133.

¹²⁰ BVerfGE 11, 150 (163).

¹²¹ So auch Grabitz, Verhältnismäßigkeit, AöR 98, 568 (584); Wittig, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, DÖV 1968, 817 (823).

¹²² Vgl. BVerfGE 3, 225 (237); 7, 89 (92); 20, 323 (331) und 33, 367 (383). Das Gebot der Verhältnismäßigkeit rekrutiert alte Gerechtigkeitsvorstellungen und ist auf den Gedanken zurückzuführen, „dass Recht dem Nutzen der einzelnen und der Gesellschaft dienen soll“, woraus sich eine Begrenzung des Einsatzes rechtlicher Mittel aufgrund einer proportionalen Zweck-Mittel-Relation ergibt (vgl. Ossenbühl, Verhältnismäßigkeit, Jura 1997, 617).

¹²³ Ebenso Grabitz, Verhältnismäßigkeit, AöR 98, 568 (584).

¹²⁴ BVerfGE 19, 342 (348f.).

¹²⁵ BVerfG, a.a.O., S. 349; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 167.

Verfassung gewährte größtmögliche Chance¹²⁶ der Entfaltungsfreiheit für den Einzelnen versteht.

Aufgrund dieser Rechtsprechung ist das Fazit zu ziehen, dass das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit heute als gefestigt in einem weiten Sinne versteht, ohne sich wirklich tiefgründig mit dessen rechtstheoretischer Herleitung zu beschäftigen.¹²⁷ Der Grundsatz umfasst drei verschiedene Untergrundsätze: den der Geeignetheit, den der Erforderlichkeit (mildestes Mittel) und den der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Ableitungspunkt für den Grundsatz ist das Rechtsstaatsgebot und damit die Verfassung. Ein Rückgriff auf vorkonstitutionelles Recht erfolgt nicht.

(2) Literatur zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Literatur befasst sich seit langem mit Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit.¹²⁸ Der Grundsatz wird deshalb als Frucht des preußischen Naturrechts¹²⁹ bezeichnet, die im Verwaltungsrecht gereift sei.¹³⁰ Entdecken lässt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit *Schneider* als überpositive Maxime im 18. Jahrhundert.¹³¹ Das erlaubt *H. Schneider* die Feststellung, das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehöre „zu den elementaren Bestandteilen der Gerechtigkeit, jedenfalls zu Einsichten und Maximen, die älter sind“¹³² als das Grundgesetz.¹³³

Die literarische Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes soll kurz dargestellt werden.¹³⁴ Dabei muss berücksichtigt werden, dass der Grundsatz zunächst keinen fest umrissenen Inhalt hatte.

Nachdem sich der Gedanke verhältnismäßigen Staatshandelns (bezogen auf den Gesetzgeber) bereits bei *Blackstone*¹³⁵ fand, ist er aus den Vorträgen *Svarez* vor dem späteren König Friedrich Wilhelm III. überliefert.¹³⁶ *Svarez* führte aus, dass es „der erste Grundsatz des öffentlichen Staatsrechts ist, dass der Staat die Freiheit des einzelnen nur soweit einzuschränken berechtigt sei, als es notwendig ist, damit die Freiheit und Sicherheit aller bestehen könne“¹³⁷.

Später spricht *von Berg* davon, dass die Freiheit der Untertanen eingeschränkt werden könne, „aber nur insofern, als (ein) ... rechtmäßiger Zweck es erfordert“¹³⁸.

Neben anderen beschäftigte sich auch *O. Mayer* mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und

¹²⁶ Grabitz, Verhältnismäßigkeit, AöR 98, 568 (586).

¹²⁷ Siehe auch Kritik bei Stern, Übermaßverbot, in: FS Lerche, S. 165 (174).

¹²⁸ Nachweis bei Stern, a.a.O., S. 167ff..

¹²⁹ Ossenbühl, Maßhalten, in: FS Lerche, S. 151 (152); H. Schneider, Gesetzgebung, § 4 Rn. 65.

¹³⁰ H. Huber, Verhältnismäßigkeit, ZfSchwR 1977, 1 und 4 f.; H. Schneider, a.a.O., § 4 Rn. 65; vgl. auch Wittig, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, DÖV 1968, 817.

¹³¹ H. Schneider, Verhältnismäßigkeits-Kontrolle, in: BVerfG und GG II, S. 390 (393).

¹³² A.a.O., S. 393.

¹³³ Was aber nicht bedeutet, dass diese Gedanken überpositiv bleiben. In positiven Rechtsordnungen finden sie sich vielmehr in den positiven Regelungen wieder. Gerechtigkeitsüberlegungen gehen als philosophische Gedanken allen positiven Rechtsschöpfungen voraus. Auch die Existenz von Naturrecht wird durch Gerechtigkeitsüberlegungen bewiesen - nur was gerecht ist, kann Naturrecht sein. Mehr dazu s.u. C.

¹³⁴ Ausführliche Darstellungen finden sich z. B. bei Jakobs, Verhältnismäßigkeit, S. 2ff.; H. Schneider, Verhältnismäßigkeits-Kontrolle, in: BVerfG und GG II, S. 390 (393ff.).

¹³⁵ Commentaries, 1. Buch 1. Cap; vgl. Zippelius, Allg. Staatslehre, S. 291.

¹³⁶ Zu den Kronprinzen-Vorträgen allgemein siehe Werner, Kronprinzen-Vorträge, VerwArchiv 53, 1.

¹³⁷ Svarez, Kronprinzen-Vorträge, S. 486.

¹³⁸ Policyrecht, S. 91; vgl. auch Jakobs, Verhältnismäßigkeit, S. 2.

formulierte für die Polizeigewalt¹³⁹: „Die naturrechtliche Grundlage erfordert die Verhältnismäßigkeit der Abwehr (von Gefahren) und bestimmt damit das Maß der polizeilichen Kraftentwicklung.“¹⁴⁰

Die literarische Auseinandersetzung um den Gedanken der Verhältnismäßigkeit dauerte bis in die bundesrepublikanische Zeit fort.¹⁴¹ Nach 1949 finden sich zahlreiche Ausführungen¹⁴² zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Exemplarisch seien hier die Arbeiten von *Lerche*¹⁴³, *Hirschberg*¹⁴⁴ und *Jakobs*¹⁴⁵ genannt.

Kennzeichen der seit Geltung des Grundgesetzes entstandenen Arbeiten ist, dass die Autoren sich mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und dessen Herleitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auseinander setzen. Es wird versucht, unter Beachtung des Grundgesetzes eigene Ableitungen des Grundsatzes zu erarbeiten. Der Grundsatz selbst wird nicht in Frage gestellt, auch wenn in der Literatur immer noch kein einheitlicher Inhalt des Grundsatzes festgestellt werden kann.

Das heutige Verständnis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist davon gekennzeichnet, dass der Begriff in einem weiten Sinne gebraucht wird. In dieser Form wird er auch als Übermaßverbot bezeichnet und umfasst die drei Teilgrundsätze¹⁴⁶ der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.¹⁴⁷

Zur inhaltlichen Beschreibung des Geeignetheitsgrundsatzes werden heute hauptsächlich die Wendungen „Tauglichkeit“¹⁴⁸ und „Zwecktauglichkeit“¹⁴⁹ verwendet.

Der Grundsatz der Erforderlichkeit wird beschrieben als „Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs“¹⁵⁰ und „Grundsatz des mildesten Mittels“¹⁵¹.

Zur Kennzeichnung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne werden die Beschreibungen „Angemessenheit“¹⁵² oder „Proportionalitätsgrundsatz“¹⁵³ benutzt.

Wie *Hirschberg* betont, dienen die Synonyma teils der Vermeidung terminologischer Missverständnisse, teils werden sie zur klareren Fassung des Inhalts des jeweiligen Grundsatzes verwendet¹⁵⁴. Sie sind jedoch nicht Ausdruck gänzlich voneinander abweichender Verständnisse.

Nach herrschender Literaturansicht kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Verfassungsrang zu.¹⁵⁵ Doch auch wenn die Verortung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Grundgesetz fast einhellig behauptet wird, ist der konkrete Ansatzpunkt dort noch nicht

¹³⁹ Im Polizeirecht entwickelte sich der Grundsatz zuerst, vgl. nur Ossenbühl, Maßhalten, in: FS Lerche, S. 151, (152).

¹⁴⁰ Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 267.

¹⁴¹ Siehe die ausführliche Darstellung bei Jakobs, Verhältnismäßigkeit, S. 5f. Dabei ist die jeweils unterschiedliche Inhaltsbestimmung auffällig. Gentz, Verhältnismäßigkeit, NJW 1968, 1600.

¹⁴² Dazu die Literaturhinweise in diesem Abschnitt.

¹⁴³ Lerche, Übermaß.

¹⁴⁴ Hirschberg, Verhältnismäßigkeit.

¹⁴⁵ Jakobs, Verhältnismäßigkeit; ders. Grundsatz Verhältnismäßigkeit, DVBl. 1985, 97.

¹⁴⁶ Als einer von Vielen: H. Huber, Verhältnismäßigkeit, ZfSchwR 1977, 1 (27f.).

¹⁴⁷ Vgl. auch H. Schneider, Gesetzgebung, § 4 Rn.64.

¹⁴⁸ W. Schmidt, Urteilsanmerkung, JZ 1976, 32; Seetzen, Prognosespielraum, NJW 1975, 429.

¹⁴⁹ Badura, Wirtschaftsverfassungsrecht, JuS 1976, 205 (209).

¹⁵⁰ H.-P. Müller, Übernahme, DB 1974, 1526 (1529).

¹⁵¹ Gamillscheg, Grundrechte, AcP 164 (1964), 385 (436ff.).

¹⁵² W. Schmidt, Urteilsanmerkung, JZ 1976, 32; Schwan, Art. 13 GG, DÖV 1975, 661 (662).

¹⁵³ Grabitz, Verhältnismäßigkeit, AöR 98, 568 (571); W. Schmidt, Unbestimmter Rechtsbegriff, NJW 1975, 1753 (1757).

¹⁵⁴ Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 21.

¹⁵⁵ Vgl. nur Grabitz, Verhältnismäßigkeit, AöR 98, 568 (571); Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 85ff. m. w. N.; Seetzen, Prognosespielraum, NJW 1975, 429.

eindeutig bestimmt.¹⁵⁶ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird in unterschiedlichen Verfassungsbestimmungen oder im Gesamtgefüge der Verfassung verortet. Als einzelne Verfassungsbestimmungen, die den Grundsatz in sich bergen sollen, werden genannt: Artt. 1 und 2, Art. 3, Art. 14, Art. 19 und Art. 20 Abs. 3 GG. Doch selbst diejenigen, die die Verankerung in einzelnen Verfassungsbestimmungen vornehmen, gehen teilweise bereits über ihren eigenen Ansatz hinaus. Der Verhältnismäßigkeitsgedanke wird mit allgemeinen Überlegungen oder aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung erklärt. Hier werden das Rechtsstaatsprinzip, der Gerechtigkeitsgedanke oder eine naturrechtliche Vorgegebenheit als Anknüpfungspunkte genannt.

Für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der bestimmte Abwägungsprozesse vorsieht, zugleich aber auch den Anspruch des Bürgers auf verhältnismäßiges Staatshandeln enthält, ist schwer zu entscheiden, ob er ein materiellrechtlicher oder ein formellrechtlicher Grundsatz ist.¹⁵⁷

Auch die Einordnung des Grundsatzes, d.h. die Feststellung seiner Rechtsquelle ist noch nicht einhellig erfolgt. Es zeichnet sich auch beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ab, dass zwischen der Anerkennung des Grundsatzes durch das Grundgesetz und seiner Ausgestaltung auf einfachgesetzlicher Ebene unterschieden werden muss.

(3) Zwischenbetrachtung

Eine gewohnheitsrechtliche Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wird in der neueren Literatur und Rechtsprechung nicht behauptet. Der Ursprung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wird überwiegend im Grundgesetz gesehen. Auffällig ist, dass der Grundsatz nicht nur im Verwaltungsrecht, sondern auch auf anderen Gebieten des öffentlichen Rechts von Bedeutung ist.¹⁵⁸

Damit ist die Situation anders als bei der Aufopferung. Es stellt sich außerdem die Frage, ob die Bezeichnung als Grundsatz des Verwaltungsrechts zutreffend und ausreichend ist. Denn nach den bisherigen Erkenntnissen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein Grundsatz des Verfassungsrechts, der sich selbstverständlich auch im Verwaltungsrecht auswirkt.¹⁵⁹

Demgegenüber ist die bisher gewohnheitsrechtlich begründete Aufopferung ein Grundsatz, der im Verwaltungsrecht wirkt. Das deutet darauf hin, dass die Bezeichnung "allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts" nur ein Ausdruck dafür ist, dass die Grundsätze im Verwaltungsrecht eine besonders prägende Rolle spielen. Die Bezeichnung "allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts" sagt dann nur etwas über das Wirkgebiet einer Regelung und deren Bedeutung für eine Rechtsmaterie aus.

Die Darstellung der beiden ausgewählten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts verstärkt den Eindruck, dass die Bezeichnung "allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts" ein Sammelbegriff sein muss.¹⁶⁰ Dieser Zwischenbefund erlaubt eine Systematisierung der Grundsätze nach ihrer Bedeutung und Wirkung.

¹⁵⁶ Auf die ausführliche Darstellung der Ansichten und der jeweils daran geübten Kritiken soll hier verzichtet werden. Statt dessen sei auf die ausführliche Zusammenstellung bei Jakobs, Verhältnismäßigkeit, S. 30ff. u. 39ff. verwiesen.

¹⁵⁷ Dazu unten 4.

¹⁵⁸ Entsprechende Feststellung bei Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 25ff.

¹⁵⁹ Ossenbühl, Maßhalten, in: FS Lerche, S. 151 (153).

¹⁶⁰ Dies unterstreicht die Einschätzung Schochs zum Folgenbeseitigungsanspruch, dessen rechtsdogmatische Herleitung „bestenfalls ungesichert“ sei (Folgenbeseitigung, S. 30f.).

3. Systematisierung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts können in Grundsätze materiell- und formellrechtlicher Art¹⁶¹ eingeteilt werden.

Das wird am Beispiel des allgemeinen Aufopferungsanspruchs und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit besonders deutlich: Der Aufopferungsanspruch statuiert einen materiellrechtlichen Anspruch¹⁶². Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschreibt die Art und Weise einer Entscheidungsfindung, ist also eine formellrechtliche Regel.¹⁶³

Dieser Unterteilung lassen sich auch die anderen Grundsätze zuordnen, die als allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts bezeichnet werden. So gehören beispielsweise die Grundsätze über die öffentlich-rechtliche Entschädigung, den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch und den Folgenbeseitigungsanspruch sowie der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung zu den materiellrechtlichen Regeln, weil sie Ansprüche des Bürgers gegen die Verwaltung begründen.

Demgegenüber sind beispielsweise die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens über Bestand, Nichtigkeit, Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten den formellrechtlichen Regelungen zuzuordnen.

Im Ergebnis kann konstatiert werden, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts unterschiedlichen Materien entstammen: dem Verwaltungsverfahrens- und dem materiellen Verwaltungsrecht.

4. Bezeichnung als “allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts”

Für die Zusammenfassung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts besteht zunächst einmal ein historischer Grund. Aus ihm lässt sich die Bezeichnung “allgemein” erklären.¹⁶⁴

Aufgrund der zahlreichen Einzelstaaten des Deutschen Reiches entwickelte sich eine Vielzahl von Staatsrechten und dazugehörigen Staatsrechtslehren. Mit *Albrecht* begann dann die Besinnung der deutschen Staatsrechtslehrer auf die “Möglichkeit, das Staatsrecht der einzelnen deutschen Staaten ... in einem Gesamtbilde darzustellen, welches ... die Bedeutung eines wahren gemeinen Rechts an sich trägt”¹⁶⁵. *Albrecht* hatte erkannt, dass die einzelnen Staatsrechte ebenso wie das deutsche Privatrecht “trotz der großen Mannigfaltigkeit im Einzelnen ... auch eine gewisse Einheit der Grundideen”¹⁶⁶ enthalten. Ebenso sah es *O. Mayer*, der im Verwaltungsrecht “ein Erzeugnis unserer gemeinsamen Kultur, wenigstens in seinen für die wissenschaftliche Behandlung ... maßgebenden Grundideen”¹⁶⁷ erkannte und deshalb zu der Überzeugung kam, dass sich ein “Deutsches Verwaltungsrecht” überhaupt

¹⁶¹ Formellrechtliche Normen sind solche, die der Durchsetzung des materiellen Rechts dienen; materiellrechtliche Normen ordnen das Recht als solches.

¹⁶² Nach der BGB-Definition: Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen, § 194 BGB.

¹⁶³ So sieht Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 637ff., in der Verhältnismäßigkeit kein Rechtsprinzip, sondern eine Abwägungsmethode. Wenn man (z. B. mit Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 100 Fn. 84) im Verhältnismäßigkeitsgedanken ein Rechtsprinzip sieht, so soll es doch ein formales Prinzip sein (Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 218). Hierbei mögen Teilprinzipien materiellen Charakter haben (so der Hinweis von Hirschberg für das Prinzip der Erforderlichkeit). Der Grundsatz hat eher materiellen Charakter, da er einen Anspruch auf verhältnismäßiges Staatshandeln bedeutet und nicht nur der Rechtsdurchsetzung dient, wie es bei prozessrechtlichen Normen der Fall ist.

¹⁶⁴ Vgl. Weyreuther, Grundsätzliches, DÖV 1989, 321 (325f.).

¹⁶⁵ Rezension, S. 2.

¹⁶⁶ A.a.O., S. 2.

¹⁶⁷ Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 21.

schreiben lässt.¹⁶⁸

Vor diesem Hintergrund kann der Begriff der “allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts” mit *Weyreuther* dahin verstanden werden, dass in den allgemeinen Grundsätzen “das Übereinstimmende, das Gemeinsame, das in diesem Sinne Allgemeine”¹⁶⁹ zum Ausdruck kommt. Diesem Allgemeinen haftet nicht zwingend der Hauch des Sachfundamentalen an.¹⁷⁰ Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts sind mit dem allgemeinen Teil des BGB oder des StGB vergleichbar. Sie beanspruchen Beachtung bei der Anwendung der besonderen Teile des jeweiligen Rechtsgebiets, soweit dort keine Regelung existiert. Dies lässt sich für einige der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts besonders gut veranschaulichen, nämlich für diejenigen, die in den Verwaltungsverfahrens- oder Staatshaftungsgesetzen ihren Niederschlag gefunden haben. Sie regeln für jedes besondere Gebiet des Verwaltungsrechts einheitlich Verfahren oder Ansprüche.

Die “Grundsätzlichkeit” der allgemeinen Grundsätze tritt dann sekundär zum Allgemeinen hinzu: Das wissenschaftliche Interesse *O. Mayers und anderer* setzte bei den Lehren und Regelungen ein, die sachfundamental waren.¹⁷¹ Sie lassen sich bezeichnen als die Grundlehren, Grundzüge oder Grundideen eines Rechtsgebiets und sind so verstanden Grundsätze¹⁷², d.h. das Fundament dessen, was das Verwaltungsrecht zum Verwaltungsrecht macht.

Der Begriff des Grundsätzlichen hat in der modernen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung aber noch eine Weiterung erfahren. Der Rückgriff auf Grundsätze erfolgt immer dann, wenn die geschriebene Rechtsordnung lückenhaft erscheint. Hier werden “Grundsätze” entdeckt und eingeführt, die aus dem Recht selbst (durch rechtsphilosophische Betrachtungen und damit aus dem Rechtsbegriff), durch Analogien (auch zu Regeln aus anderen Rechtsgebieten) oder den Rückgriff auf das Verfassungsrecht gewonnen werden. Dieser Rückgriff auf Grundsätze in Lückensituationen hat zur Folge, dass eine neue Regel-Ausnahme-Konstellation konstatiert wird: Der allgemeine Grundsatz gilt “grundsätzlich” nur insofern, als er nicht einer geschriebenen Regelung zu weichen hat.¹⁷³

Im Rückblick auf diese Herkunft und Entwicklungsgeschichte des Begriffes muss festgehalten werden, dass sich seine Bedeutung verändert hat. Die Allgemeinheit der Grundsätze bezieht sich heute auf den systematischen Aspekt - die allgemeinen Grundsätze gelten eben auf allen Gebieten des Verwaltungsrechts.¹⁷⁴ Die Grundsätzlichkeit bezieht sich damit vor allem auf den Geltungsaspekt.¹⁷⁵

So lassen sich die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts inhaltlich beschreiben als diejenigen Rechtsregeln, die als formell- oder materiellrechtliche Regeln für alle Gebiete des Verwaltungsrechts Geltung beanspruchen.

¹⁶⁸ A.a.O., S. 21.

¹⁶⁹ Weyreuther, Grundsätzliches, DÖV 1989, 321 (326).

¹⁷⁰ Weyreuther, a.a.O., S. 326.

¹⁷¹ Weyreuther, a.a.O., S. 326.

¹⁷² Vgl. Schmidt-Aßmann, Gesetzesbindung, in: FS Stern, S. 745 (752); Weyreuther, a.a.O., S. 326 m. w. N..

¹⁷³ Weyreuther, a.a.O., S. 357.

¹⁷⁴ Siehe nur den (lapidaren) Hinweis bei Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 87.

¹⁷⁵ Weyreuther, Grundsätzliches, DÖV 1989, 321 (327).

5. Geltungsweise der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts

Die Geltungsweise der beiden behandelten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts ist noch zweifelhaft. Für die Verhältnismäßigkeit zeichnet sich eine Tendenz zum Verfassungsrecht ab, für die Aufopferung ist die Frage völlig offen.

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts werden u.a. als Gewohnheits- oder Richterrecht eingeordnet. Für die Wirkung auf die Rechtsunterworfenen könnten die verschiedenen Einordnungen unterschiedliche Folgen haben. Denn während das Gewohnheitsrecht in der Rechtstheorie als echte Rechtsquelle angesehen wird und deshalb wie ein Gesetz strikte Bindungswirkung entfalten soll, ist der Charakter des Richterrechts und seine danach zu beurteilende Bindungswirkung umstritten. Ob und wie die Rechtsunterworfenen und -anwender an mögliche richterrechtliche Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts gebunden sind, ist für deren Anwendung von entscheidender Bedeutung.

Als erstes Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die “allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts” als Sammelbegriff erscheinen.¹⁷⁶ Verschiedenartige Rechtssätze, die für das Verwaltungsrecht besondere Bedeutung haben (grundlegend sind), werden unter dem Begriff zusammengefasst. Eine einheitliche Aussage über die Rechtsnatur der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts ist damit aber noch nicht getroffen.

Ausgehend von den beiden dargestellten Grundsätzen sei noch einmal hervorgehoben, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts überwiegend ungeschrieben sind. Nur einige von ihnen haben in einfachgesetzlichen Normierungen Niederschlag gefunden. Da auch die heute gesetzlich normierten Grundsätze zunächst ungeschriebene waren, deutet ihre Entstehungsgeschichte darauf hin, dass sie gesetzvertretende Sätze sind. Dann müssten sie aber, um wirkungsvolle Vertreter zu sein, mit den gleichen Eigenschaften wie die gesetzlichen Regelungen ausgestattet sein. Die Einteilung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts in Gesetzes-, Richter- oder Gewohnheitsrecht dürfte nicht dazu führen, dass die Grundsätze je nach Zuordnung unterschiedliche Wirkung haben.

Im weiteren Gang der Untersuchung müssen daher die Erscheinungsformen Gewohnheits- und Richterrecht näher untersucht werden, um feststellen zu können, ob und inwieweit sich die diesen Kategorien zugeordneten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts in ihren Eigenschaften tatsächlich unterscheiden.

¹⁷⁶ So sieht es auch Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 89.

IV. Gewohnheitsrecht

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sollen z. T. Gewohnheitsrecht sein. Nach herkömmlichem Verständnis sind die gewohnheitsrechtlichen Grundsätze Gesetze im materiellen Sinne.¹⁷⁷ Das Gewohnheitsrecht wird als Rechtsquelle neben dem Gesetz angesehen.¹⁷⁸ Daher binden die Grundsätze, wenn sie Gewohnheitsrecht sind, alle Rechtsunterworfenen und -anwender. Ob die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts dem Gewohnheitsrecht zurechenbar sind, muss daher geprüft werden.

1. Begriff Gewohnheitsrecht

Der Begriff des Gewohnheitsrechts wird in zweierlei Weise bestimmt:

Im ganz umfassenden Verständnis ist Gewohnheitsrecht die Menge aller ungeschriebenen Regeln, die neben vom Gesetzgeber geschaffenem (kodifiziertem) Recht stehen und derer sich der Richter bei der Urteilsfindung bedient.¹⁷⁹ Dieser Begriff soll u.a. allgemeine Rechtsgrundsätze, Zweckmäßigkeitserwägungen und Verkehrssitten umfassen.

Wird Gewohnheitsrecht so weit verstanden, dass es dasjenige ungeschriebene Recht erfasst, das sich als "alle Rechtserscheinungen mit Bindungswirkung oder Einfluss auf den Richter"¹⁸⁰ beschreiben lässt, so gehört hierzu auch das Richterrecht. Denn zweifellos ist festzustellen, dass bestehende Rechtsprechung Einfluss auf die richterliche Entscheidung hat.¹⁸¹

Bei Zugrundelegung dieses weiten Gewohnheitsrechtsbegriffs ist jedes Urteil, das nach seinem Erlass von anderen Richtern zur Kenntnis genommen und für die eigene Entscheidung in Betracht gezogen wird, Gewohnheitsrecht. Der Begriff würde jede Rechtsprechung erfassen. Richterrecht wäre allein ein Unterfall des Gewohnheitsrechts.

Der weite Gewohnheitsrechtsbegriff ist nicht praktikabel, da er verschiedene Rechtstypen¹⁸² umfasst. Es handelt sich ersichtlich um einen Ober-¹⁸³ oder Sammelbegriff. Die in ihm zusammengefassten Erscheinungsformen zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht - direkt - vom Gesetzgeber herrühren, in diesem Sinne also "ungesetzt", d.h. ungeschrieben sind.¹⁸⁴ Da der Begriff letztlich ein Sammelsurium von Erscheinungen neben dem Gesetzesrecht erfasst, ist er für diese Untersuchung ungeeignet: zum einen umfasst er auch das Richterrecht, zum anderen wird aus ihm nicht klar, welche Anforderungen er an die "Beeinflussung" des Richters, d.h. dessen Bindung stellt. Er ist ein rein beschreibender Begriff. Deshalb ist fraglich, ob Gewohnheitsrecht rechtstheoretisch sinnvoll überhaupt in diesem weiten Sinn verstanden werden kann. Denn wenn alle "Rechtserscheinungen", derer sich der Richter bei seiner Urteilsfindung bedient, von denen er sich beeinflussen lässt, bereits Gewohnheitsrecht

¹⁷⁷ Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 22.

¹⁷⁸ Überwiegende Ansicht, vgl. nur Enneccerus/Nipperdey, BGB, §§ 32 II und 38 III 1; Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 44; Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 25 m. w. N..

¹⁷⁹ R. Dreier, Gewohnheitsrecht, in: Staatslexikon II, Sp. 1068; Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 31; Witthohn, a.a.O., S. 17.

¹⁸⁰ Liver, Begriff Rechtsquelle, S. 52; Ostertun, a.a.O., S. 31.

¹⁸¹ Dies ist unbestritten der Ausgangspunkt aller Theorien zum Richterrecht.

¹⁸² Dazu gehören die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Recht aus Übung, Verkehrssitten und Rechtsparömien (vgl. Ostertun, a.a.O., S. 31 m. w. N.).

¹⁸³ Zur Kategorisierung vgl. Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 411ff.; wobei es sich vorliegend um einen Oberbegriff im Sinne eines Etiketts handeln dürfte.

¹⁸⁴ Bringewat, Gewohnheitsrecht, ZStW 84, 585 (594); Kortgen, Gewohnheitsrecht, S. 41; Liver, Begriff Rechtsquelle, S. 52; Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 30.

wären, kann dieses nicht mehr als generell wie ein Gesetz bindend bezeichnet werden. Es besteht ein Unterschied zwischen einer strengen Bindung des Richters und der bloßen Beeinflussung seiner Entscheidung. Hinzu kommt, dass dieses weite Verständnis von Gewohnheitsrecht eine Kategorie Richterrecht überflüssig erscheinen ließe.

Die rechtstheoretische Erfassung des Gewohnheitsrechts ist mit dem weiten Verständnis nicht sinnvoll möglich, da dieses nur eine Umschreibung für nicht gesetzlich Geregelter ist.

Gewohnheitsrecht wird deshalb heute überwiegend¹⁸⁵ in einem engeren Sinne verstanden: Es ist der Teil des objektiven Rechts, der nicht vom Gesetzgeber erlassen wurde, aber kraft Herkommens gesetzsgleich gilt.¹⁸⁶ Das Verständnis beruht auf dem Ansatz, unter Gewohnheitsrecht die ungesetzte, habituell geprägte Rechtsnorm zu verstehen.¹⁸⁷ Es soll dasjenige ungeschriebene Recht sein, das nicht nur Gesetzesergänzenden, sondern Gesetzesähnlichen Charakter hat.¹⁸⁸

Übereinstimmend wird Gewohnheitsrecht dabei als ungesetzte Rechtsnorm charakterisiert, die den Richter wie ein Gesetz bindet und deren Befehlskraft er seine Überzeugung unterordnen muss.¹⁸⁹ Gewohnheitsrecht wird als abstrakt-generelle Regel verstanden, die zu den Erscheinungsformen des materiellen Rechts gehört.¹⁹⁰

In Literatur und Rechtsprechung besteht insoweit Übereinstimmung, als Gewohnheitsrecht materielle Gesetzlichkeit besitzen und damit Bindungswirkung wie ein Gesetz haben soll.¹⁹¹

Der enge Gewohnheitsrechtbegriff umfasst nicht alle Arten ungeschriebener Rechtserscheinungen. Von dieser Übereinstimmung abgesehen herrscht jedoch Unklarheit darüber, welche Voraussetzungen neben der Ungesetztheit vorliegen müssen, um „Geltung, Genese und Gewohnheit“¹⁹² zu erfassen.

Unklar ist also, unter welchen Voraussetzungen Gewohnheitsrecht entsteht.¹⁹³ Um Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht (oder in einem anderen Rechtsgebiet) aufspüren zu können, muss jedoch feststehen, unter welchen Voraussetzungen es entsteht.

Ostertun hat herausgearbeitet¹⁹⁴, dass die Diskussion um die einzelnen Voraussetzungen der Entstehung von Gewohnheitsrecht im Grunde auf den zentralen Punkt und Streit um den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts zurückgeht. Je nach zugrunde liegender rechtstheoretischer Geltungslehre differieren die Bestimmungen der Voraussetzungen, die die einzelnen Autoren als für die Entstehung von Gewohnheitsrecht entscheidend angeben.

Trotzdem lässt sich feststellen, dass zunächst als Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht übereinstimmend folgende Elemente angegeben werden:

Gewohnheitsrecht entsteht durch eine langandauernde und allgemeine Übung (*longa consuetudo*), die durch die Überzeugung des Kreises der relevanten Personen von ihrer Rechtmäßigkeit (*opinio iuris*) getragen wird.¹⁹⁵ Hinzu kommen soll, dass sich die Übung als Rechtssatz formulieren lasse.¹⁹⁶

¹⁸⁵ Bringewat, a.a.O., S. 596; Ostertun, a.a.O., S. 32 m. w. N..

¹⁸⁶ Fikentscher, Wechselspiel, in: Scholler, Gewohnheitsrecht und Menschenrechte, S. 17 (19).

¹⁸⁷ Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 32.

¹⁸⁸ Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 18.

¹⁸⁹ Jonas, Gewohnheitsrecht, S. 2; Witthohn, a.a.O., S. 17.

¹⁹⁰ Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 25; Witthohn, a.a.O., S. 17.

¹⁹¹ Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 33.

¹⁹² Ostertun, a.a.O., S. 33.

¹⁹³ Siehe Rost, Rechtswirkungen, S. 26f..

¹⁹⁴ Gewohnheitsrecht, S. 33.

¹⁹⁵ Siehe nur R. Dreier, Gewohnheitsrecht, Staatslexikon II, Sp. 1059; Faller, Rechtslehre, S. 113; Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 41ff.; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 73; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 Rn. 12 m. w. N.; st. Rspr - vgl. BVerfGE 22, 114 (121).

¹⁹⁶ Freitag, a.a.O., S. 21.

Die Entstehung von Gewohnheitsrecht wird also anhand dreier Elemente (eines objektiven, eines subjektiven und eines formalen Elements) festgestellt. Unter Zugrundelegung dieser Elemente lässt sich Gewohnheitsrecht beschreiben als das von den Rechtsunterworfenen selbst geschaffene Recht.¹⁹⁷

Eine erste (ähnliche) Bestimmung des Gewohnheitsrechtsbegriffs findet sich in den Institutionen des Corpus Iuris Civilis: „Ungeschrieben kommt Recht zustande, wenn es durch Übung gebilligt worden ist. Denn langwährende Gewohnheit, die von denen, die sie üben, übereinstimmend gebilligt wird, kommt einem Gesetz gleich.“¹⁹⁸

Als allgemeine Ansicht zu den Elementen der Gewohnheitsrechtsentstehung kann zusammengefasst werden:¹⁹⁹

Bei aller Diskussion um Dauer und Rolle der „Übung“, objektives Element, die für die Entstehung des Gewohnheitsrechts von Bedeutung ist²⁰⁰, wird zumindest nie bestritten, dass die Übung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht unbedingt erforderlich ist.²⁰¹

Zur Festlegung des subjektiven Elements, der *opinio iuris*, muss nach heute herrschender Ansicht „die Überzeugung des relevanten Personenkreises, mit der Übung ein geltendes Recht zu befolgen bzw. zur Einhaltung der Übung rechtlich verpflichtet zu sein“²⁰², festgestellt werden.²⁰³ Dabei kann zunächst als sicher festgehalten werden, dass das subjektive Element ein für die Entstehung von Gewohnheitsrecht konstitutives Merkmal sein soll. Schwieriger gestaltet sich hingegen die Festlegung, wie der Kreis der relevanten Personen, auf deren Rechtspflichtüberzeugung es ankommt, zu bestimmen ist. Hier reichen die Ansichten von der Forderung, auf das Bewusstsein des gesamten Volkes abzustellen²⁰⁴, über die Überzeugung, dass es auf das Bewusstsein der (möglichen) Betroffenen ankomme²⁰⁵, bis hin zu der Einschränkung, dass es allein auf den Bevölkerungsteil ankäme, der besondere rechtliche Einsichten habe (Juristen oder „Übende“, die ein abgrenzbarer Personenkreis sind [Observanz-Fälle²⁰⁶])²⁰⁷.

Aufgrund dieser Meinungsvielfalt und der eben für eine Ansicht angedeuteten Konsequenz muss eine Entscheidung getroffen werden, wie der relevante Personenkreis zu bestimmen ist.

Mit *Ostertun* kann zunächst davon ausgegangen werden, dass rechtsgebietsübergreifend für eine „grundsätzliche Begriffsbildung des Gewohnheitsrechts nur solche Formulierungen zugelassen werden [können], die, wie z. B. ‘die Beteiligten’ oder ‘die Betroffenen’, eine solche Konkretisierung des relevanten Personenkreises in den einzelnen Rechtsdisziplinen ermöglichen, die den Erfordernissen nach einerseits Realismus und andererseits hinreichender Bindungswirkung Genüge tun“²⁰⁸.

Deshalb soll der relevante Personenkreis im folgenden mit den (möglichen) Beteiligten oder Betroffenen beschrieben werden. Dies sind diejenigen, die durch die Übung berechtigt oder

¹⁹⁷ Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 73.

¹⁹⁸ Inst. 1.2.9 (nach Behrends u.a., Corpus Iuris Civilis).

¹⁹⁹ Vgl. auch H. Müller, Ungeschriebene Rechtsquellen, S. 123ff.; Kortgen, Gewohnheitsrecht, S. 42ff.; Neuhaus, Gewohnheitsrecht, JuS-Lernbogen 1996, L 41; BVerfGE 22, 114 (121).

²⁰⁰ Siehe nur Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 40ff. m. w. N.; Isay, Rechtsnorm, S. 231f. u. 236f..

²⁰¹ Vgl. nur Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 37.

²⁰² Sog. „Rechtspflichtüberzeugung“, Ostertun, a.a.O., S. 41 m. w. N. in Fn. 45; ebenso R. Dreier, Gewohnheitsrecht, Staatslexikon II, Sp. 1060.

²⁰³ Enneccerus/Nipperdey, BGB, §§ 38 III 1, 39 I; Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 42ff..

²⁰⁴ So z. B. Forsthoef, VerwR I (10. Aufl.), S. 146; W. Jellinek, VerwR, S. 124f..

²⁰⁵ So beispielsweise Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 73; RGZ 76, 113 (14); BVerfGE 9, 109 (117).

²⁰⁶ RGZ 12, 292 (293).

²⁰⁷ So u.a. Puchta, Pandekten, S. 22; Windscheid, Pandekten 1, S. 88. Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 19 spricht von den „Rechtsbetroffenen“.

²⁰⁸ Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 47; vgl. auch Wagner, Bonner Grundgesetz, S. 7f..

verpflichtet werden.

Als drittes und formales Element der Entstehung von Gewohnheitsrecht wird die „Formulierbarkeit der Gewohnheit als Rechtssatz“²⁰⁹ angegeben. Dies ist jedoch nicht unbestritten. Teilweise wird ausgeführt, die Formulierbarkeit sei gewohnheitsrechtsimmanent unproblematisch, da konkrete Lebenssituationen und Verhaltensweisen das Gewohnheitsrecht ausmachen.²¹⁰ Andere halten die Formulierbarkeit als Rechtssatz für eine semantische Anforderung des Normbegriffs, weshalb sie keine Besonderheit des Gewohnheitsrechts sei²¹¹ - erst der formulierbare Satz kann überhaupt Rechtssatz sein. Versteht man in diesem Sinne die rechtssatzmäßige Formulierbarkeit als Bestandteil des Rechtsnormbegriffs als solchen, ist das formale Element der Gewohnheitsrechtsdefinition überflüssig.²¹² Die rechtssatzmäßige Formulierbarkeit ist Ausdruck der Forderung nach Rechtsklarheit. Die Bezeichnung als Recht erhält nur diejenige Regel, die einen hinreichend deutlich formulierten Inhalt hat (der zumindest durch Auslegung bestimmbar sein muss), und dadurch erst ihre Anwendung und Befolgung erlaubt.²¹³ Die Voraussetzung, dass alle Normen rechtssatzmäßig formulierbar sein müssen, trennt das Recht von vorrechtlichen Überlegungen (Gerechtigkeitsüberlegungen), die zur Entstehung von Recht führen. Wenn Gewohnheitsrecht also Recht sein soll, muss es dem Formulierbarkeitsanspruch genügen. Gewohnheitsrecht entsteht daher nicht mit seiner Formulierung, aber seine Existenz ist nur dann bestätigt, wenn eine Übung sich in einen Rechtssatz fassen lässt.

Als Ergebnis kann bisher formuliert werden, dass Gewohnheitsrecht aus einem objektiven und einem subjektiven Element besteht. Es muss wie jedes Recht als Rechtssatz formuliert werden können.

2. Gerichte und Gewohnheitsrecht

Über die bisher bestimmte Gewohnheitsrechtsdefinition hinaus ist für die neuere Zeit eine weitere Frage zu beantworten, nämlich die nach der Mitwirkung der Gerichte bei der Entstehung des Gewohnheitsrechts. In der heutigen pluralistischen Gesellschaft ist eine rechtsbedeutsame Übung, die sich ohne Mitwirkung der Gerichte entwickelt, kaum mehr denkbar. Daher stellt sich die Frage, ob die Mitwirkung der Gerichte eine Voraussetzung des modernen Gewohnheitsrechts oder ob sie ohne Bedeutung ist.²¹⁴ Diese Frage stellt sich insbesondere im Hinblick auf die Abgrenzung von Gewohnheits- und Richterrecht.

(1) Mitwirkung der Gerichte und Beteiligten-Begriff

Die Mitwirkung der Gerichte könnte für die Entstehung von Gewohnheitsrecht konstitutive Bedeutung haben, wenn die Richter zu den Beteiligten gehören würden, auf deren Rechtsüberzeugung es ankommt. Dies ist aber zu verneinen. Richter sind keine Beteiligten, denn ihre Funktion ist es allein, den Streit zwischen den Beteiligten zu schlichten. Beteiligte oder Betroffene sind nur diejenigen, die über ein Recht in Streit geraten können. Richter

²⁰⁹ Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 19; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 73; Wolff/Bachof/Stober, AllgVerwR I, § 25 IV 1 Rn. 12.

²¹⁰ So Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 48.

²¹¹ So R. Dreier, Gewohnheitsrecht, in: Staatslexikon II, Sp. 1060; Kortgen, Gewohnheitsrecht, S. 45f. m. w. N..

²¹² Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 56.

²¹³ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 177.

²¹⁴ Vgl. Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 48ff. m. w. N..

sollen den Streit aber als Unbeteiligte schlichten.²¹⁵ Dabei sind sie gerade dazu berufen, die unter den Betroffenen herrschende Rechtspflichtüberzeugung festzustellen.²¹⁶ Betroffene werden die Richter in ihrer Streitschlichtungsfunktion dadurch nicht.

(2) Mitwirkung der Gerichte als viertes Element der Gewohnheitsrechtsentstehung

Ein Gewohnheitsrechtssatz wird häufig erst durch seine gerichtliche Anwendung offenkundig.²¹⁷ Die Gerichte sind es, die die Übungen benennen und sie als Gewohnheit qualifizieren. Die Gewohnheitsrechtsnorm wird durch die Gerichte "entdeckt".²¹⁸ Daher wird vertreten, Gewohnheitsrecht entstehe nur durch Gerichtsgebrauch.²¹⁹

Das Gericht muss eine gewohnheitsrechtliche Norm auffinden, es darf sie nicht erfinden. Die gerichtliche Entscheidung "fasst [allein] das Ungeschriebene in Worte und räumt damit Zweifel an der inhaltlichen Geltung aus".²²⁰ Die richterliche Anwendung des Gewohnheitsrechts ist die deklaratorische Feststellung²²¹ einer gewohnheitsrechtlichen Norm. Dies entspricht auch der Argumentationsstruktur gerichtlicher Entscheidungen: Zunächst beruft sich jede Streitpartei auf das ihr vermeintlich zustehende Recht - hier würde eine Partei die Existenz eines sie begünstigenden Gewohnheitsrechtssatzes behaupten. Sie muss den Inhalt des Satzes, die Rechtsüberzeugung und die langjährige Übung behaupten (und belegen). Damit sind die drei Definitionsmerkmale für Gewohnheitsrecht erfüllt. Das Gericht prüft nur noch, ob die behauptete Rechtslage besteht.

Trotz der eben beschriebenen Abläufe wird die Meinung vertreten, die Mitwirkung der Gerichte sei für die Entstehung des Gewohnheitsrechts konstitutiv.²²² Damit wird eine Lösung vorgeschlagen, die dem Einfluss der Gerichte Rechnung zu tragen versucht. Gleichzeitig führt dieser Weg dazu, dass eigenständiges Gewohnheitsrecht eigentlich unnötig wird. Die Gerichte hätten es schließlich in der Hand, dem Gewohnheitsrecht durch richterliche Anerkennung erst zu seiner praktischen Relevanz zu verhelfen.²²³ Aus dieser empirischen Feststellung wird gefolgert, dass heutzutage kein Gewohnheitsrecht mehr ohne richterliche Mitwirkung entsteht.²²⁴ Es wird apodiktisch festgestellt, richterliches Präjudizienrecht sei die älteste Form des Gewohnheitsrechts und hieraus folge, dass alles Gewohnheitsrecht²²⁵ oder sogar alles Recht Juristenrecht sei. Die Gewohnheit oder Sitte schlage durch den Richterspruch in Recht um.

Gegen diese Schlussfolgerungen ist Verschiedenes einzuwenden.

Zunächst muss berücksichtigt werden, dass es in den Zeiten, in denen geschriebenes Recht die Ausnahme war, allein auf Gewohnheiten und Übungen ankam.²²⁶ Richtig und damit gerecht

²¹⁵ Zur Neutralität: „neuter“ - keiner von beiden (Beteiligten) vgl. Schlaich, in: Ev. Staatslexikon II, Sp. 2239ff..

²¹⁶ Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 75.

²¹⁷ Esser, Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (125); H. Henkel, Rechtsphilosophie, S. 125; Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 48.

²¹⁸ Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 106; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 76.

²¹⁹ Enneccerus/Nipperdey, BGB, § 39 II 3.

²²⁰ Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 48.

²²¹ Stellvertretend seien genannt Faller, Rechtslehre, S. 117; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 234; Liver, Begriff Rechtsquelle, S. 50.

²²² Aden, Ständige Rechtsprechung, JZ 1994, 1109ff.; Reh binder, Rechtsqualität, JuS 1991, 542 (543); zurückhaltend Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 107.

²²³ Freitag, a.a.O., S. 109 u. 118ff.; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 76.

²²⁴ So Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 70f.; siehe auch Nachweise bei Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 52.

²²⁵ So Weber, Rechtssoziologie, S. 337: „Aus der historischen Tatsache: dass das Recht lange Epochen hindurch ein Produkt der Tätigkeit der zunehmend juristisch beratenen Rechtsinteressenten und der zunehmend juristisch gebildeten Richter gewesen ist, dass, m. a. W., alles „Gewohnheitsrecht“ in Wahrheit Juristenrecht war und ist ...“.

²²⁶ Kortgen, Gewohnheitsrecht, S. 69ff., 74ff.; Reh binder, Einführung, S. 13.

war, was bisher übereinstimmend geübt wurde. Die Rechtslage sollte so sein, wie sie schon immer war.²²⁷ Das Recht wurde von bestimmten Personen, den Ältesten, erfragt, es wurde durch sie gewiesen.²²⁸ Indem man die Ältesten befragte, stellte man sicher, dass Kenntnis über die bisherige Rechtstradition bestand und diese authentisch berichtet wurde. Sitte und Brauch entwickelten sich so zu einer Rechtsordnung, die mündlich überliefert wurde.²²⁹ Die Ältesten können mit lebenden Rechtsbüchern verglichen werden. Die Kenntnis des Einzelnen wurde teilweise durch die gemeinsame Übung (Gewohnheit) und damit eine kollektive Kenntnis abgelöst. Damit steht das ungeschriebene Recht am Anfang jeder Rechtskultur.²³⁰ Um einen Streitfall zu entscheiden, wurde also untersucht, welche der streitenden Parteien sich auf die bisherige Übung berufen konnte. Die von den Ältesten verkündeten „Rechtsweisungen“ sind nichts anderes, als in einem rechtsförmigen Verfahren verkündetes (...) Gewohnheitsrecht.²³¹ Das im Gedächtnis bewahrte Recht wurde von autorisierten Personen wiedergegeben.²³² Diese Mündlichkeit des Rechts hatte den Vorteil, dass das Recht sich im Sinne echter Rechtsfortbildung stets rasch wandeln konnte.²³³

Mit dem Aufkommen der Rechtsaufzeichnungen wurde das Recht nicht erschaffen. Vielmehr dienten die Aufzeichnungen dazu, den bisherigen Rechtszustand zu dokumentieren²³⁴, ihn also nur festhaltend wiederzugeben.²³⁵ Rechtsbücher wie der „Sachsenspiegel“ sollten als „Spiegel“ des geltenden Rechts²³⁶, eine Sammlung des Bestehenden, keine Neuschöpfung von Recht sein und so der Rechtssicherheit dienen. Auf diesem Wege wurden die Ältesten und die gemeinsame Übung des Rechts durch schriftliche Aufzeichnungen abgelöst. Sinn der Ablösung war u.a. die Schaffung einer größeren Übersichtlichkeit des bestehenden Rechts und damit die Erhöhung der Rechtssicherheit im Sinne einer umfassenden Kenntnis vom geltenden Recht.²³⁷ Schließlich wuchsen mit der rasch voranschreitenden Gesellschaftsentwicklung die Möglichkeiten für Streitigkeiten. Insbesondere entstanden neue Situationen, die noch keiner Übung unterlagen. Den neuen Lebensumständen konnte man nicht mehr ausgehend von alten Gewohnheiten gerecht werden. Dafür war es umso wichtiger, das bisher geltende Recht sicher zu kennen, um von ihm ausgehend die sich neu stellenden Rechtsfragen zu beantworten.

Diese Entwicklung zeigt, dass die Ältesten die Funktion des kollektiven Gedächtnisses und des Streitschlichters hatten. Sie sollten den Streit ausgehend von der überkommenen Rechtsanschauung entscheiden. Allenfalls in zweiter Linie kam ihnen die Aufgabe zu, etwas Neues auszusprechen, nämlich dann, wenn es einer Gewohnheit ermangelte oder diese fraglich war. Ihre Stellung lässt sich mit der des heutigen Richters vergleichen, der anhand der (häufig nur) ihm bekannten Gesetze einen Fall entscheiden muss. Fehlt dem Richter für seine Fallentscheidung geschriebenes Recht, so greift er auch heute noch wie ein Ältester auf Gewohnheitsrecht zurück. Solange ihm Gewohnheitsrecht zur

²²⁷ Raisch, Gewohnheitsrecht, ZHR 150, 117 (120 m. w. N.).

²²⁸ Raisch, a.a.O., S. 121.

²²⁹ Bühler, Gewohnheitsrecht, S. 14f..

²³⁰ Bühler, a.a.O., S. 14.

²³¹ Raisch, Gewohnheitsrecht, S. 121.

²³² Bühler, Gewohnheitsrecht, S. 15.

²³³ Bühler, a.a.O., S. 16.

²³⁴ Eisenhardt, Rechtsgeschichte, § 10 Rn. 58; Raisch, Gewohnheitsrecht, S. 121.

²³⁵ Bühler spricht vom „Protokollieren“ des hergesagten Rechts (Gewohnheitsrecht, S. 16); Eisenhardt, a.a.O., § 10 Rn. 58.

²³⁶ Der Sachsenspiegel enthält eines der Landrechte. Er ist eines der Rechtsbücher, die eine private Sammlung des geltenden Rechts waren, teilweise aber auch eigene rechtsschöpferische Gedanken der Verfasser enthielten. Verfasser des wahrscheinlich um 1230 entstandenen Sachsenspiegels war Eike von Repgow. Der Sachsenspiegel entfaltete weitreichende Wirkung und wurde als Quelle des geschriebenen Rechts anerkannt, wenn seine Rezeption durch Gesetz oder Gewohnheit bewiesen werden konnte. Näheres bei Eisenhardt, a.a.O., § 10 Rn. 71f..

²³⁷ Zur Bedeutung der schriftlichen Fixierung umfassend Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 245ff..

Verfügung steht, enthebt es ihn von der Feststellung des Fehlens einer Rechtsregel.

Hiergegen kann eingewendet werden, dass der “weise Alte” nicht nur entschied, “was Sitte und Brauch ist”²³⁸. Denn es gab nicht nur regelnde Gewohnheiten. Streit entsteht (vor allem aufgrund der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung) gerade dann, wenn die alten Gewohnheiten in einer neu auftretenden Situation bei der Lösung eines Streitfalles nicht weiter helfen. Dann mussten die Ältesten eine weise und gerechte Entscheidung treffen, indem sie außerhalb der Gewohnheiten, aber aufgrund ihres Wissens urteilten. Ihr Spruch ging über die Wiedergabe des Bestehenden hinaus und die Betroffenen beugten sich ihm dennoch, weil sie die Streitschlichtungsfunktion der Ältesten akzeptierten.

Der Schluss liegt nahe, dass in Zeiten ungeschriebenen Rechts neben dem Gewohnheitsrecht auch Richterrecht existierte und der Richter Schöpfer von Gewohnheiten sein konnte. Denn Recht und Gericht gingen entwicklungsgeschichtlich nebeneinander her.²³⁹

Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend. Zum einen ist es ein Unterschied, ob etwas ausgesprochen wird, was aus Übung und die Übung als richtig reflektierender Überzeugung bereits entstanden war oder ob eine Entscheidung die Übung vorwegnimmt. Die Überzeugung von der Richtigkeit bezieht sich dann nicht mehr auf eine Übung, sondern auf das Anerkennen der Kompetenz des Streitentscheiders. Sobald der Älteste oder der Richter seinen Spruch gefällt hat, entfällt das Moment der Übung, die auf einer besonderen Einsicht der Übenden in die Richtigkeit der Übung beruht. Die Übung wird durch das Vertrauen in die Richtigkeit des Spruches unnötig.

Des Weiteren muss bedacht werden, dass der “weise Alte” kein Richter nach heutigem Verständnis war. Die Rechtsgenossen unterwarfen sich seinem Spruch freiwillig, weil der “weise Alte” eine Autorität besaß, die weit über die Autorität des heutigen Richters hinausging.²⁴⁰ Auch der Richterkönig späterer Zeiten zeigt, dass in Gestalt des Richters verschiedene Funktionen vereinigt waren. Was die Setzung von neuem Recht betraf, handelte es sich zugleich um den Gesetzgeber.²⁴¹ Die Trennung zwischen den verschiedenen Funktionen in die heutigen drei Staatsgewalten war eben erst ein Ergebnis neuer Herausforderungen und fortschreitender Erkenntnis.

Zum anderen ist der “Richterrecht” schaffende Älteste zwar rechtsschöpfend tätig, wenn er über die Gewohnheiten hinausgreifend einen Fall entscheidet. Hier verhält er sich jedoch nicht anders als der heutige Richter auch: Dort (erst und nur dort), wo das Gewohnheitsrecht nicht weiter hilft, füllt er die Rechtslücke aus. Ausgehend von dem ihm bekannten (ungeschriebenen) Recht erkennt er neues Recht. Richterrecht kann demnach nur ausgehend von bestehendem (Gewohnheits-) Recht entstanden sein. Da die Funktion der Ältesten jedoch über die des heutigen Richters hinausging, ist ihre Neuschöpfung besser als “Ältestenrecht” zu bezeichnen und ist eher mit heutigem Gesetzesrecht zu assoziieren, als mit Richterrecht.²⁴²

Die Befolgung des Spruches einer Autorität, sei es in Gestalt eines Gesetzes, sei es in Gestalt eines Urteils, kann nicht mit der autonomen Herausbildung einer Übung, die zu Gewohnheitsrecht wird, gleichgesetzt werden.

Weiterhin ist festzustellen, dass nicht alles Gewohnheitsrecht häufig erst durch Richter erkannt wird. Zunächst einmal kann es an Gerichtsentscheidungen überhaupt fehlen, weil eine Rechtsgewohnheit so unzweifelhaft ist, dass eine Entscheidung darüber überhaupt nicht nötig wird.²⁴³ Auch gelangt nicht jeder Streit vor ein Gericht, so dass Richter in bestimmten Fällen nie die Gelegenheit erhalten, aufgrund eines gewohnheitsrechtlichen Satzes zu entscheiden.²⁴⁴

²³⁸ Bühler, Gewohnheitsrecht, S. 14.

²³⁹ Reh binder, Einführung, S. 13f..

²⁴⁰ Reh binder, a.a.O., S. 13.

²⁴¹ Reh binder, a.a.O., S. 199.

²⁴² Henke (Recht, S. 500) weist darauf hin, dass auch das römische Recht kein Gesetzes- sondern Richterrecht gewesen sei.

²⁴³ Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 51 m. w. N.; Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 20.

²⁴⁴ So beispielsweise im Handelsrecht, wo oft die Schiedsgerichte vorgezogen werden; vgl. Marx,

Für einige Erscheinungsformen des Gewohnheitsrechts spielen Gerichtsentscheidungen zudem auch aus anderen Gründen keine oder kaum eine Rolle.²⁴⁵

Es bleibt deshalb festzuhalten, dass die Richter durch ihr Wissen, ihre Erfahrung²⁴⁶ und die ihnen zugedachte Streitschlichtungsrolle am geeignetsten und gerade dazu aufgerufen sind, Gewohnheitsrecht zu erkennen. Darin erschöpft sich zugleich auch die Bedeutung der Gerichte für das Gewohnheitsrecht²⁴⁷: sie stellen es fest, schaffen es aber nicht.

Es hat sich gezeigt, dass Gewohnheitsrecht nicht erst und immer nur durch die Mitwirkung der Gerichte entsteht.²⁴⁸ Will man Gewohnheitsrecht erst durch den Richterspruch entstehen lassen, so drängt sich die Frage auf, ob nicht der Richterspruch die eigentliche Rechtsquelle ist. Die Qualifizierung als Gewohnheitsrecht oder das Bestreiten der Existenz von Gewohnheitsrecht ist schließlich der Akt, der Gewohnheitsrecht begründet oder verneint.²⁴⁹ Diese Begründungsmacht müsste es eigentlich nahe legen, den Richterspruch selbst als die Rechtsquelle anzusehen. "Gewohnheitsrecht ist dann nur noch eine Hilfskrücke für die Entstehung von Richterrecht."²⁵⁰

Die entgegengesetzte Ansicht scheint die Folge davon zu sein, dass der Umgang mit sog. Richterrecht und dessen Einordnung in den Rechtskanon noch unklar ist. Dazu soll im weiteren Verlauf der Arbeit Stellung genommen werden.

3. Gewohnheitsrecht und Rechtsquelle

Heute besteht Einigkeit darüber, dass das Gewohnheitsrecht neben dem Gesetzesrecht zu den Rechtsquellen des deutschen Rechts gehört.²⁵¹

Für die herrschende Lehre vom Gewohnheitsrecht heißt das: Durch die Übung der Beteiligten und deren auf die Übung bezogene Rechtspflichtüberzeugung erlangt eine Norm Verbindlichkeit als Recht. Sie wird durch ihre freiwillige Beachtung in Geltung gesetzt. Geltungsgrund ist die freiwillige Unterwerfung unter eine Übung. Die gemeinsame Überzeugung der Betroffenen gibt dem Rechtssatz seine Kraft und Verbindlichkeit.

Im weiteren Verlauf der Arbeit wird deshalb zunächst von der Rechtsquellenkategorie "Gewohnheitsrecht" ausgegangen. Damit ist über die Bedeutung und nachkonstitutionelle Berechtigung von Gewohnheitsrecht aber noch nichts gesagt. Auf den ersten Blick scheint es so, als ob das Grundgesetz, das vor allem die Bindung der staatlichen Gewalten regelt, Gewohnheitsrecht nicht von vornherein ausschließt. Denn darüber, wie im Volke ohne Mitwirkung des Gesetzgebers Recht entstehen kann, sagt das Grundgesetz explizit nichts aus.²⁵² Dieses Schweigen bedeutet aber noch keine Entscheidung für oder gegen das Gewohnheitsrecht. Die h. M. nimmt jedenfalls an, dass Gewohnheitsrecht von Art. 20 Abs. 3 GG erfasst wird.²⁵³

Gewohnheitsrecht, S. 18; Ostertun, a.a.O., S. 51.

²⁴⁵ So im Verfassungsrecht; vgl. Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 52.

²⁴⁶ Marx, Gewohnheitsrecht, S. 20f..

²⁴⁷ Marx, a.a.O., S. 23; Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 20.

²⁴⁸ So für viele R. Dreier, Gewohnheitsrecht, Staatslexikon II, Sp. 1061; Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 19; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 76; Raisch, Gewohnheitsrecht, ZHR 150, 117 (137); Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 24f..

²⁴⁹ Vgl. Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 56.

²⁵⁰ Adomeit, a.a.O., S. 57.

²⁵¹ H. M., vgl. Bringewat, Gewohnheitsrecht, ZStW 84, 585 (596); Enneccerus/Nipperdey, BGB, § 38; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 72; Raisch, Methoden, S. 193.

²⁵² So verweist Tomuschat darauf, dass Gewohnheitsrecht in Konkurrenz zum Verfassungsrecht tritt (Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 51) und Witthohn unterstreicht, dass „weder im geschriebenen öffentlichen noch im privaten Recht“ eine Begriffsbestimmung erfolgt (Gewohnheitsrecht, S. 17).

²⁵³ Vgl. nur Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 VI Rn. 52; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 38.

Die Frage nach Geltung und Entstehung von Gewohnheitsrecht unter dem Grundgesetz soll deshalb an späterer Stelle noch beantwortet werden.²⁵⁴

4. Ergebnis

Ob die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts (ganz oder teilweise) dem Gewohnheitsrecht zugerechnet werden können, ist nach dem Dargestellten nicht sicher. Vielmehr scheint diese Zurechnung zurückzuweisen zu sein.

²⁵⁴ S.u. C V.

V. Richterrecht

Da die Richter in Erfüllung ihres Rechtsprechungsauftrages natürlicherweise mit allen Rechtsquellen in Berührung kommen, ist ihr "Verhältnis" zu ihnen besonders schwer zu bestimmen. Wo endet die Arbeit des Richters mit einer Rechtsquelle und wo beginnt seine möglicherweise über vorhandene Rechtsquellen hinausgehende Tätigkeit? Ist das Ergebnis dieser Tätigkeit seinerseits Rechtsquelle?

Die unbestreitbare Schlussfolgerung, dass Richterrecht die Rechtsordnung ganz wesentlich prägt²⁵⁵, steht am Beginn aller Erörterungen des Phänomens. An die Feststellung schließt sich im allgemeinen eine Darstellung der dogmatischen Ansicht des Stellungnehmenden an. Neben der Klärung des sachlichen Inhalts von Richterrecht soll im folgenden auf die verschiedenen Dogmatiken des Richterrechts und ihre jeweilige Stellungnahme zur Bindungswirkung desselben eingegangen werden.²⁵⁶

Dabei werden diejenigen richterlichen Entscheidungen, die zweifellos mit gesetzlicher oder gesetzgleicher Bindungswirkung ausgestattet sind²⁵⁷, vorerst unberücksichtigt gelassen.

Klassisch wird in der juristischen Methodenlehre zwischen verschiedenen Stufen der Rechtsfortbildung unterschieden:

Die erste Stufe umfasst die Auslegung von Gesetzen (im materiellen Sinne). Durch die Auslegung wird der Regelungsrahmen konkretisiert²⁵⁸, das Gesetz für die Lösung des Falles anwendbar gemacht. Dieser Teil der richterlichen Arbeit kann als Rechtsfortbildung im weitesten Sinne bezeichnet werden²⁵⁹, denn der Richter wird hier normvollendend²⁶⁰ tätig.

Ist eine gesetzliche Regelung lückenhaft, wird die zweite Stufe der Rechtsfortbildung betreten, die als Gesetzesergänzende Lückenfüllung durch den Richter beschrieben wird. Die Gesetzesergänzende Lückenfüllung vollzieht sich als Analogie oder Umkehrschluss oder als teleologische Reduktion.²⁶¹

Weist die gesetzliche Regelung keine Lücke, sondern einen Mangel auf (z. B. unbillige oder unzeitgemäße Regelung), beheben Richter diesen Mangel, indem sie die Regelung korrigieren.²⁶² Dies kann unter anderem unter Missachtung der abschließend gemeinten Regelung geschehen, indem eine Regelung gegen den Willen des Gesetzgebers angewendet oder gerade nicht angewendet wird.

Die drei zuletzt beschriebenen Rechtsfortbildungstätigkeiten können als solche im engeren Sinne²⁶³ verstanden werden.

Auch wenn die Methodenlehre bis heute Schwierigkeiten hat, die dargestellten richterlichen Tätigkeiten klar voneinander abzugrenzen, herrscht doch Einigkeit darüber, dass die soeben aufgezeigte Grobgliederung der Rechtsfortbildungsarten vorgenommen werden kann.²⁶⁴

²⁵⁵ Vgl. nur BVerfGE 65, 182 (190).

²⁵⁶ Die Zulässigkeit des Richterrechts soll nicht näher betrachtet werden, da sie heute überwiegend anerkannt ist (vgl. Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 79; Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 61f. m. w. N.; BVerfGE 13, 318 [328]).

²⁵⁷ So z. B. nach § 31 I und II BVerfGG.

²⁵⁸ Krey, Richterliche Rechtsfortbildung, JZ 1978, 361.

²⁵⁹ Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 27f..

²⁶⁰ Krey, Gesetzesvorbehalt, S. 80ff. u. 97ff.; allgemein anerkannt.

²⁶¹ Krey, Richterliche Rechtsfortbildung, JZ 1978, 361.

²⁶² Krey, a.a.O., S. 361f..

²⁶³ Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 34ff..

²⁶⁴ Vgl. Krey, Richterliche Rechtsfortbildung, JZ 1978, 361 (364ff.).

1. Genauere Systematisierung des Richterrechts

Nicht nur die im folgenden dargestellten unterschiedlichen dogmatischen Ansätze machen den Umgang mit dem Phänomen Richterrecht schwierig. Neben der dogmatischen Einordnung ist auch der Begriffsinhalt für “Richterrecht” unklar. Deshalb soll versucht werden, die Annäherung an die dogmatische Frage über eine genauere Bestimmung des Begriffsinhalts zu erreichen.

(1) Begriff und Erscheinungsformen des Richterrechts

Obwohl der Begriff Richterrecht heute ständig gebraucht wird, kann nicht gesagt werden, dass ihm ein einheitlicher Begriffsinhalt zugrunde gelegt würde. Vielmehr werden unter dem Begriff verschiedene Erscheinungsformen richterlicher Spruchpraxis verstanden²⁶⁵ oder es wird eine rechtsquellentheoretische Unterscheidung zum Ausdruck gebracht²⁶⁶.

Andere sehen Richterrecht als eine Art Gewohnheitsrecht²⁶⁷ oder als integralen Bestandteil des Gesetzesrechts (als “lebendiges Gesetzesrecht”)²⁶⁸ an. Richterrecht wird aber auch synonym für “Präjudizienrecht” und “Fallrecht” verwendet.²⁶⁹ Wieder andere Autoren bezeichnen jeden einzelnen Richterspruch²⁷⁰, andere nur das Ergebnis richterlicher Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklauseln²⁷¹ oder nur contra-legem-Entscheidungen²⁷² als Richterrecht.

Schon diese Vielfalt legt nahe, dass die miteinander konkurrierenden Ansichten über die dogmatische Einordnung des Richterrechts unterschiedliche Ausgangspunkte haben.

Hier soll deshalb zunächst eine Systematisierung der Begriffsinhalte versucht werden.

Führt man sich die zum Erlass eines Urteils führende Rechtsfindungstätigkeit des Richters vor Augen, lassen sich die bekannten vier Komplexe unterscheiden:

a) “Subsumtionsautomat”

In allen Fällen, in denen der Richter einen Streitfall allein dadurch entscheidet, dass er den Sachverhalt feststellt und diesen unter eine (eindeutige) Norm subsumiert²⁷³, kann das Ergebnis als Richterrecht bezeichnet werden, wenn damit allein charakterisiert werden soll, dass der Fall durch richterliche Tätigkeit entschieden wurde. Man meint hier mit Richterrecht jede richterliche Entscheidung. Der Begriff “Richterrecht” bedeutet nicht mehr, als dass eine richterliche Entscheidung vorliegt. Fehlt der Urteilsfindung jedes kreative Zutun des Richters, wird im Urteil nur der Wille des Gesetzgebers widerspiegelt.²⁷⁴ Der Richter hat hier außer dem Umsetzen des Willens des Gesetzgebers keinen Beitrag geleistet, der über

²⁶⁵ Nachweise bei Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 51f.; Lorenz, Richterrecht, in: Staatslexikon IV, S. 922; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 458f..

²⁶⁶ Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 82ff..

²⁶⁷ Vgl. Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 42.

²⁶⁸ Esser, Richterrecht, in: FS Hippel, S. 95 (123).

²⁶⁹ Vgl. Bydlinski, Methodenlehre, S. 501ff.; Hassemer, Rechtssystem, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 248.

²⁷⁰ Kruse, Richterrecht, S. 9.

²⁷¹ Vgl. Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 42.

²⁷² F. Müller, Richterrecht, S. 80.

²⁷³ Zweifelhaft ist, ob derartige Fälle überhaupt existieren; vgl. Gröschner, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, § 3 I (S. 59f.).

²⁷⁴ Vgl. Mayer-Ladewig, Justizstaat, AcP 161, 97 (105).

den entschiedenen Fall hinaus wirken könnte.²⁷⁵

Über diesen beschreibenden Begriffsinhalt hinaus ist die Bezeichnung berechtigt, wenn man mit ihr die konkret-individuelle Norm, die der Richter bei jeder Fallentscheidung bildet, im Auge hat.

Wenn Richterrecht neben Gesetzes- und Gewohnheitsrecht stehen soll, kann der Sinn nicht allein in der Beschreibung einer Tätigkeit liegen. Gesetzes- und Gewohnheitsrecht sind Ergebnisse eines Prozesses, an dessen Ende etwas qualitativ besonderes, nämlich Recht, steht. „Recht“ beschreibt Erscheinungsformen der Rechtsordnung, die eine bestimmte Qualität haben, indem sie eine eigene inhaltliche Regelung aussprechen. Eine reine Wiederholung bereits bestehender Regelungen sollte nicht als „Recht“ bezeichnet werden.

Die Wiederholung dennoch als „Recht“ zu bezeichnen, wäre nur dann sinnvoll, wenn ihr eine eigene Qualität zukommt, die sie von bloß Wiederholtem unterscheidet.

b) Gesetzesauslegung/-konkretisierung

Fälle, die der Richter nur dadurch entscheiden kann, dass er zur Gesetzesanwendung im Einzelfall methodische Hilfen heranzieht, ein Gesetz also auslegt, stellen dem Richter eine Aufgabe, bei deren Lösung er kreativ neben den Gesetzgeber tritt. Der Richter hält sich zwar „im Gesetz“ auf, er muss aber auf über die einzelne Norm hinausgehende Erwägungen zurückgreifen, um endgültig Recht im Einzelfall sprechen zu können. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln hat der Gesetzgeber den Richtern den ausdrücklichen Auftrag zur Rechtsfortbildung erteilt.²⁷⁶

Die Richter geben hier dem Gesetz konkrete Gestalt, wobei sie den Boden des Gesetzes nicht verlassen.²⁷⁷ Unter Anwendung juristische Methoden konkretisieren sie den generellen Willen des Gesetzgebers, der in den einzelnen Normen nur unzureichend Ausdruck gefunden hat.²⁷⁸

Gesetzgeber und Richter teilen sich die Aufgabe der Normgestaltung, wobei der Gesetzgeber der erste Gestalter ist. „Die Legislative schafft die Gesetze. Die Richter füllen sie mit Leben, führen sie an die täglichen Problemstellungen heran.“²⁷⁹

Kommt der Richter so dem Rechtsfindungsauftrag²⁸⁰ nach, kann das Ergebnis seiner Tätigkeit sinnvoll als „Richterrecht“ bezeichnet werden. Wenn der Richter das Gesetz nicht nur aktualisiert, sondern auch Neues einfließen lässt²⁸¹, kann das Ergebnis dieses kreativen Prozesses nicht mehr nur als angewendetes Gesetzesrecht angesehen werden. Hier verändert der Richter das bestehende Recht für die Lösung des Einzelfalls.²⁸²

Einige Autoren²⁸³ wollen von Richterrecht nicht in Fällen der Gesetzesauslegung sprechen. Sie sehen erst dasjenige Ergebnis einer Rechtsprechung als Richterrecht an, welches in richterlicher Rechtsfortbildung, Rechtsgestaltung oder Normbildung besteht.

²⁷⁵ Fraglich ist, ob angesichts der Kompliziertheit der Gesetze überhaupt noch Fälle der reinen Subsumtion vorkommen. In Ermangelung reiner Subsumtionsfälle würde aber nur diese Kategorie des Richterrechts in den nachstehend Beschriebenen aufgehen.

²⁷⁶ BVerfGE 34, 269; 82, 6 (12).

²⁷⁷ Bringewat, Gewohnheitsrecht, ZStW 84, 585, (599f.).

²⁷⁸ H. M., vgl. nur Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 29; Zippelius, Methodenlehre, § 8.

²⁷⁹ Mayer-Ladewig, Justizstaat, AcP 161, 97 (98f.).

²⁸⁰ Rechtsfindung und -fortbildung sind traditionell Teil der richterlichen Aufgabe; vgl. nur Lorenz, Richterrecht in: Staatslexikon IV, Sp. 924. Ausführlich auch Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 161ff.; st. Rpsr. - BVerfGE 87, 273 (280).

²⁸¹ Mayer-Ladewig, Justizstaat, AcP 161, 97 (99).

²⁸² Nicht zufällig wird deshalb zugespitzt, Gesetz sei, was der Richter als Repräsentant seiner Zeit pflichtgemäß darunter versteht; Bringewat, Gewohnheitsrecht, ZStW 84, 585 (598 m. w. N.).

²⁸³ Z. B. J. Ipsen, Richterrecht, S. 26 m. w. N..

Scheffelt hat kürzlich eindrucksvoll nachgewiesen, dass auch das Auslegungsrecht (schöpferisches) Richterrecht ist.²⁸⁴

c) Lückenfüllung

Richter sollen dem Rechtsverweigerungsverbot unterliegen²⁸⁵, das als gewohnheitsrechtlich statuiert angesehen wird.²⁸⁶ Dieses Gebot verpflichtet sie nicht zur Rechtsneuschöpfung²⁸⁷. Es eröffnet ihnen nach h. M. aber die Freiheit, die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 GG) kreativ zu gebrauchen: Sie dürfen Fälle entscheiden, die keiner gesetzlichen Norm direkt unterfallen. In diesen Fällen wird eine Regelungslücke konstatiert, die mittels Analogie oder Umkehrschlusses gefüllt wird.

In anderen Fällen kommt es sogar vor, dass ein Fall aus "Rechtsempfinden" bewusst entgegen der gesetzlichen Regelung entschieden wird (contra legem).²⁸⁸

In jedem Fall geht der Richter zunächst vom Gesetz aus. Er verhilft dem Gesetz über dessen bisherige Anwendung hinaus zur Geltung oder schränkt seine Geltung ein. Der Rechtsschöpfungsakt ist hier von größerer Eigenständigkeit als in den zuvor gebildeten Kategorien: Der Richter formt den Willen des Gesetzgebers nicht nur aus, sondern er bildet ihn weiter. Er fügt dem Gesetz den mutmaßlichen, vernünftigen und gerechten Willen des Gesetzgebers hinzu bzw. korrigiert ihn in dieser Weise.²⁸⁹

Mit diesem Vorgehen vertritt der Richter den Gesetzgeber. Die Vertretung beruht auf der Annahme, dass der Gesetzgeber etwas vergessen oder sich geirrt hat. Eine Verbesserung der gesetzgeberischen Regelung ist - unabhängig von ihrer Rechtfertigung - erst recht als Richterrecht zu bezeichnen.

d) Rechtsschöpfung

Noch einen Schritt weiter gehen die Richter, wenn sie völlig neue Rechtsregeln oder -institute schaffen. In diesem Falle bewegen sie sich im (scheinbar) gesetztes-²⁹⁰ und gewohnheitsrechtsleeren Raum. Versuchen die Richter, gerechte Entscheidungen auch dort zu treffen, wo ihnen weder Gesetzes- noch Gewohnheitsrecht zur Verfügung steht, werden sie endgültig zum "Ersatzgesetzgeber". Sie gehen nicht mehr in der engen Weise wie bei einer Analogie vom Gesetz aus und übertragen dessen Regelung auf vergleichbare Fälle, sondern sie bilden die Rechtssätze, aufgrund derer sie den Fall entscheiden, vollständig neu.

Zwar werden auch die neuen Regeln nicht völlig vom Gesetz losgelöst, sondern durch Betrachtung der bestehenden Regelungen gebildet, doch erfolgt bei der Neuschöpfung eine viel umfassendere und weitergehendere Gestaltung als in Fällen der Analogie: Ein gänzlich neuer Tatbestand mit eigener Rechtsfolge wird geschaffen und nicht nur ein Tatbestand ausgeweitet.

Diese Rechtsschöpfung ist die eindeutigste Form von Richterrecht - zwar bewegt sich der Richter noch innerhalb der Rechtsordnung, arbeitet aber mit übergreifenden

²⁸⁴ Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, insbes. S. 158f.; dazu auch Seiler, Auslegung (insbes. S. 38ff.).

²⁸⁵ BVerfGE 84, 212 (226f.); s.u. C.

²⁸⁶ Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 202ff.; Schumann, Rechtsverweigerungsverbot, ZZP 81, 79 (90ff.).

²⁸⁷ J. Ipsen, Richterrecht, S. 53f.; Schumann, a.a.O., S. 94ff.; wie Scheffelt nachweist (a.a.O., S. 203f.), hängt die Bestimmung des Inhalts des Rechtsverweigerungsgebotes von der jeweiligen Einstellung zur Rechtsprechungsänderung ab.

²⁸⁸ Zur Zulässigkeit der Rechtsprechung contra legem braucht im Zusammenhang dieser Arbeit nicht Stellung genommen zu werden. Mit der Problematik setzt sich insbesondere Neuner, Rechtsfindung contra legem auseinander. Siehe auch Krey, Richterliche Rechtsfortbildung, JZ 1978, 361.

²⁸⁹ H. M., vgl. nur Zippelius, Methodenlehre, § 13.

²⁹⁰ Gemeint sind hiermit Gesetze im materiellen Sinne; vgl. Bringewat, Gewohnheitsrecht, ZStW 84, 585 (600).

Systemargumenten und Gerechtigkeitserwägungen. Es wird die Gesamtheit der Regelungen eines Rechtsgebietes (z. B. des Zivilrechts) betrachtet und versucht, dessen Grundstruktur offen zu legen und darauf aufbauend ergänzende Regelungen zu schaffen.

e) Ergebnis

Ausgehend vom Anteil der schöpferischen Gestaltung durch den Richter liegt "Richterrecht" jedenfalls in den Fällen bb) bis dd) vor. Diese haben eines gemeinsam: Das dort gebildete Richterrecht ist vom Gesetz emanzipiertes Juristenrecht. Es entsteht durch die Anwendung rechtswissenschaftlicher Methoden und Überlegungen. Damit ist es im Grunde "Wissenschaftsrecht".

Seine Entstehungsweise, die Schöpfung durch Juristen, zeigt deutlich, dass es sich bei diesem "Wissenschaftsrecht" nicht um Gewohnheitsrecht handelt.²⁹¹ Außer in der Vorstellung eines Juristen existiert die rechtliche Regelung zunächst nicht. Möglich wäre es, dass aus dem "Wissenschaftsrecht" später eine Rechtsgewohnheit erwächst: Eine Übernahme theoretischer Überlegungen in den allgemeinen Rechtsgebrauch eröffnet dem "Wissenschaftsrecht" den Weg in die Rechtswirklichkeit.²⁹²

Die bisher genutzte Bezeichnung "Richterrecht" wurde zunächst in einem ganz allgemeinen, unreflektierten Sinne verwendet. Richterrecht beschreibt danach Stufen der Kreativität richterlicher Rechtsanwendung, die über eine schlichte Subsumtion hinausgehen. Es ist das Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung.²⁹³

Folgerungen für die dogmatische Frage nach dem Rechtscharakter des Richterrechts wurden bisher nicht abgeleitet, sondern nur der Begriffsinhalt beschrieben. Die rechtstheoretische Frage danach, was Richterrecht eigentlich ist, ist bisher noch ungeklärt.

Es sei an dieser Stelle noch einmal klargestellt, was inhaltlich unter Richterrecht verstanden wird, wobei für die Inhaltsbeschreibung an den kreativen Beitrag des Richters, der über die einfache Subsumtion hinaus geht, angeknüpft wird: Richterrecht ist am Einzelfall entwickelte allgemeine Rechtserkenntnis, die nicht unmittelbar im gesetzgeberischen Willen angelegt war und die die Rechtsgenossen nicht als Gewohnheit ausgebildet hatten.²⁹⁴ Richterrecht umfasst danach die unter bb) bis dd) dargestellten Erscheinungsformen.²⁹⁵

Betrachtet man noch einmal die Richterrechtskategorien, so zeigt sich, dass innerhalb des beschreibenden Begriffs noch eine weitere Unterteilung vorgenommen werden kann:

In den Fällen der Auslegung oder Konkretisierung gesetzlicher Normen macht der Richter bestehendes Recht lebendig, bereitet es für die Entscheidung des Einzelfalles auf. Es entstehen gesetzesausfüllende oder -belebende Sätze. Der Inhalt der Norm wird durch den Richter neu bestimmt.

Die Verfahren der Analogie oder der Entscheidung contra legem, bei denen der Richter seine Entscheidungen ausgehend vom Gesetz fällt, führen zu gesetzesbezogenen Sätzen. Mit ihnen weitet der Richter den Anwendungsbereich einer existierenden Regelung aus oder schränkt ihn ein. So wird nicht nur der Inhalt der Norm, sondern auch ihr Anwendungsbereich durch den Richter neu bestimmt.

Entwickelt der Richter dagegen völlig neue Rechtsinstitute und -normen, so schafft er das Gesetz vertretende Sätze. Es werden inhaltlich neue Rechtsnormen geschaffen und deren Anwendungsbereich erstmalig bestimmt.

²⁹¹ So auch Bringewat, a.a.O., S 597.

²⁹² So Picker, Richterrecht, JZ 1984, 155 (157).

²⁹³ Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 59.

²⁹⁴ Ähnlich Bydlinski, Hauptpositionen, JZ 1985, 149.

²⁹⁵ Ebenso Bydlinski, a.a.O., S. 151.

Die gesetzesausfüllenden und die gesetzesbezogenen richterlichen Rechtssätze stehen in der Nähe des Gesetzes oder gehen in ihm auf. Demgegenüber treten die gesetzesvertretenden Rechtssätze selbständig neben das Gesetz.

Während gesetzesbezogene und -vertretende Rechtssätze Durchgangsstationen der Fallentscheidung sind, indem sie wie ein Gesetz im materiellen Sinne die Grundlage für eine richterliche Entscheidung bilden, sind gesetzesausfüllende Sätze das Mittel, um von der abstrakten Regelung zur konkreten Lösung eines Falles zu gelangen.

(2) Weiterer Kategorisierungsversuch

Ein ähnlicher Versuch zur Einteilung des Richterrechts nach seinem Inhalt wird u.a. von *J. Ipsen*²⁹⁶ unternommen.²⁹⁷

Dabei soll unter gesetzeskonkretisierendem Richterrecht dasjenige Richterrecht verstanden werden, das durch Auffüllung, Präzisierung und Konkretisierung von Normen entsteht.²⁹⁸ Erfasst werden diejenigen Fälle, die sich als “ein Stück offengelassener Gesetzgebung”²⁹⁹ beschreiben lassen oder die offene gesetzgeberische Wertungen enthalten.³⁰⁰ Der Gesetzgeber habe in diesen Fällen Rechtsbildungsbefugnisse an die rechtsprechende Gewalt delegiert. Das Richterrecht hält sich auch nach dieser Ansicht innerhalb des Wortsinns der Norm auf.³⁰¹

Gesetzesvertretendes Richterrecht soll demgegenüber entstehen, wo “paragraphenleerer Raum”³⁰² ist. Dies meint den Raum, in dem der Gesetzgeber seine Regelungskompetenz nicht wahrgenommen hat und der Richter nun dennoch eine Entscheidung treffen muss.³⁰³ Das gesetzesvertretende Richterrecht zeichnet aus, dass es gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung ist, weil sich der Richter außerhalb des Regelungsplanes des Gesetzes bewegt.³⁰⁴

Im Gegensatz zu der in dieser Arbeit beschriebenen Unterscheidung wird das gesetzesvertretende Richterrecht umfassender charakterisiert. Zugleich wird es auf den Bereich des ungeschriebenen Rechts ausgedehnt, ohne dass es jedoch in Relation zum Gewohnheitsrecht gesetzt würde.

Unter gesetzeskorrigierendem Richterrecht werden die Fälle verstanden, in denen der Richter gegen Wortlaut und Zweck des Gesetzes entscheidet.³⁰⁵ Hierunter werden also nur Fälle der Entscheidung contra legem gefasst.

Gesetzeskonkurrierendes Richterrecht soll schließlich in den Fällen entstehen, in denen die Rechtsprechung eine gesetzliche Norm umgestaltet: Die gesetzgeberische Normierung wird verändert, weil der Richter sie für mit übergeordneten Rechtssätzen unvereinbar hält.³⁰⁶

²⁹⁶ J. Ipsen, Richterrecht.

²⁹⁷ Ähnlich unterscheiden Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 51ff.; Krey, Richterliche Rechtsfortbildung, JZ 1978, 361ff. u. 428ff.; Lübke, Grenzen der Rückwirkung, S. 23ff.; Ossenbühl, Richterrecht, S. 6ff.; Stern, StaatsR II, § 37 II 2, S. 583ff..

²⁹⁸ J. Ipsen, Richterrecht, S. 61 u. 63ff..

²⁹⁹ Ossenbühl, Richterrecht, S. 11.

³⁰⁰ J. Ipsen, Richterrecht, S. 63ff..

³⁰¹ Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 53.

³⁰² Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 86; Ossenbühl, Richterrecht, S. 8.

³⁰³ J. Ipsen, Richterrecht, S. 61 u. 79ff.; Stern, StaatsR II, § 37 II 2, S. 585.

³⁰⁴ Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 53.

³⁰⁵ J. Ipsen, Richterrecht, S. 62 und 90ff.; Stern, StaatsR II, § 37 II 2, S. 584.

³⁰⁶ J. Ipsen, a.a.O., S. 62 u. 104ff..

(3) Vergleich der Ansichten und Schlussfolgerungen

Die Systematisierung zeigt, dass selbständiges Richterrecht bereits bei der Auslegung beginnt.³⁰⁷ Denn schon wenn der Richter den ihm eingeräumten Konkretisierungsfreiraum nutzt, tritt er offensichtlich neben den Gesetzgeber.³⁰⁸

Neben dem Begriff "Richterrecht" wird oft auch der Begriff "Präjudizienrecht"³⁰⁹ gebraucht. Präjudizien entstehen bei jeder Form der richterlichen Rechtsfortbildung.³¹⁰

Zur Zulässigkeit der einzelnen Arten des Richterrechts nach dem Grundgesetz³¹¹ soll im Rahmen dieser Arbeit nicht ausführlich Stellung genommen werden. Hier kann der Hinweis genügen, dass Auslegungsrecht zulässig ist. Unzulässig, da verfassungswidrig, soll Richterrecht contra legem sein.³¹² Gesetzesvertretendes Richterrecht ist zulässig.³¹³ Die Erscheinungsformen des Richterrechts werden deshalb im weiteren Verlauf dieser Arbeit nicht mehr in Frage gestellt. Berechtigung und Zulässigkeit der hier unter dem beschreibenden Begriff "Richterrecht" zusammengefassten richterlichen Tätigkeiten werden als in der deutschen Rechtswissenschaft mit Ausnahme der Rechtssprechung contra legem unbestritten hingenommen.³¹⁴

Uneinigkeit besteht aber hinsichtlich der Frage, wie das Richterrecht gegenüber Gesetzes- und Gewohnheitsrecht einzuordnen ist. Auf die sog. "Rechtsquellenfrage" wird keine einheitliche Antwort gegeben. Der Versuch einer Antwort soll im folgenden unternommen werden.

Es sei an dieser Stelle noch einmal betont, dass sich hinter "Richterrecht" zwei verschiedene Aussagen verbergen, die in der Diskussion nicht immer klar unterschieden werden. Die beiden Aussagen des Begriffes können als die beschreibende und die rechtstheoretische gefasst werden.

Der beschreibende Begriff erfasst, welche Erscheinungsformen gemeint sind, wenn von Richterrecht die Rede ist. Die Betonung liegt auf **Richterrecht**.

Demgegenüber befasst sich der rechtstheoretische Begriff mit der Klassifizierung der Erscheinung Richterrecht und ihrer Wirkung. Hier liegt die Betonung auf **Richterrecht**. Die Bezeichnung als Recht sagt noch nichts darüber aus, welcher Art die Verbindlichkeit der Rechtserscheinung ist oder welches Maß sie hat.³¹⁵ Auch über das Rangverhältnis von

³⁰⁷ Ausführlich Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 63f.; Faller, Rechtslehre, S. 101; Redeker, Legitimation, NW 1972, 409 (410); Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 158f.; offen Vossen, Richterrecht, S. 22.; a. A. F. Müller, der nur das Richterrecht contra legem mit dem Begriff Richterrecht erfassen will (Richterrecht, S. 69).

³⁰⁸ So auch German, Rechtsquellen, S. 487. Schapp, Hauptprobleme, S. 65, beschreibt das Verfahren als Gespräch zwischen Gesetzgeber und Richter. Dazu grundlegend auch Gröschner, Dialogik; F. Müller, Strukturierende Rechtslehre.

³⁰⁹ Vgl. nur Bydlinski, Hauptpositionen, JZ 1985, 149; Kriele, Rechtsgewinnung, S. 243ff..

³¹⁰ Präjudizien als Form, d.h. Entscheidung, in der das Richterrecht enthalten ist; Definition bei Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 33; sowie Jox, Bindung, S. 59; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 253.

³¹¹ Es genüge hierzu der Hinweis auf J. Ipsen, Richterrecht, S. 231ff..

³¹² BVerfGE 65, 182 (191ff.); Heyde, in: HdbVerfR, § 33, Rn. 98; J. Ipsen, Richterrecht, S. 253ff.; Lorenz, Richterrecht, in: Staatslexikon IV, Sp. 924; Anders Neuner, Rechtsfindung contra legem, insbes. S. 139ff.; siehe auch Krey, Gesetzestreue, ZStW 101, 838 (861ff.).

³¹³ S.o. B V.

³¹⁴ Soweit ersichtlich besteht derzeit nur Uneinigkeit darüber, ob die richterliche Rechtsfindung contra legem zulässig ist. Bejahend Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 139ff. (ausgehend von seiner Definition des contra-legem-Judizierens auf S. 132ff.); ablehnend Krey, Gesetzestreue, ZStW 101, 838 (861ff.); Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 120; differenzierend BVerfGE 65, 182 (190ff.).

³¹⁵ Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 64.

Gesetzes- und Richterrecht ist damit noch keine Aussage getroffen.³¹⁶

Der dogmatischen Frage, ob Richter**recht** zu den Gesetzen im materiellen Sinne gehört und damit eine Rechtsquelle ist, wird im weiteren Verlauf der Arbeit nachgegangen.

³¹⁶ Biaggini, a.a.O., S. 65.

2. Dogmatische Einordnung des Richterrechts

Über die dogmatische Einordnung des Richterrechts herrscht bis heute keine Einigkeit.³¹⁷ Um dies zu verdeutlichen, sollen die Ansichten zur dogmatischen Einordnung des Richterrechts zunächst kurz dargestellt werden.

(1) Richterrecht als Rechtserkenntnisquelle?

Nach einer Ansicht kommt dem Richterrecht nur der Status einer unverbindlichen Rechtserkenntnisquelle zu.³¹⁸

In Abgrenzung zu den Rechtsquellen sollen die Rechtserkenntnisquellen diejenigen Gegebenheiten in unserer Rechtsordnung sein, die über das positive Recht als Inbegriff aller rechtlichen Regelungen Aufschluss geben.³¹⁹ „Aus den Rechtserkenntnisquellen kann das geltende Recht entnommen werden.“³²⁰ Der Begriff „Rechtserkenntnisquelle“ umfasst damit in einem weiten Verständnis³²¹ das gesamte positive Recht, Rechtsaufzeichnungen, wissenschaftliche Erkenntnis, Richterrecht usw.

Verengt man dagegen mit *Liver* den Begriff, so gehören zu den Rechtserkenntnisquellen das gesetzte Recht, Rechtsaufzeichnungen und Erzeugnisse der Rechtslehre (Juristenrecht).³²²

Wenn aus den Rechtserkenntnisquellen das geltende Recht heraus zu lesen ist, bezeichnet der Begriff nichts anderes, als die „Orte“, an denen Recht gefunden werden kann.

„Rechtserkenntnisquelle“ ist eine Sammelbezeichnung, die unterschiedliche Phänomene erfasst, die Auskunft darüber geben, was in einer Rechtsordnung als Recht gilt. Das geltende Recht wird mit ihrer Hilfe erkannt. Beschrieben werden hiermit Indikatoren des Rechts.³²³

Der Vergleich mit den Rechtsaufzeichnungen, die ebenfalls Rechtserkenntnisquellen sind, macht deutlich: nicht die Rechtsaufzeichnung selber ist das Recht, sondern dieses kann aus ihr herausgelesen werden. Rechtsaufzeichnungen sind die Hülle, in der das Recht, das sie aufzeichnen, auftritt.

Dasselbe kann für das Richterrecht gesagt werden: Durch ihre Urteile dokumentieren die Richter, auf welches Recht sie ihre Entscheidungen gestützt haben, d.h. welches Recht der Entscheidung zugrunde liegt. Wenn man Richterrecht in diesem Sinne versteht, so wird deutlich, dass ihm keine Verbindlichkeit wie einem Gesetz zukommen kann.³²⁴

Unter Verwendung des Begriffes Rechtserkenntnisquelle spricht die darzustellende Ansicht dem Richterrecht denn auch jeden verbindlichen Charakter ab.³²⁵ Sie hält insbesondere die

³¹⁷ Siehe nur den Nachweis bei Leisner, Allgemeine Bindung, S. 41; Raisch, Methoden, S. 191f.; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 459f.

³¹⁸ Grimm, Rechtentstehung, in: Grimm, Einführung, S. 76f.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 255; Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 84 und 183; Picker, Richterrecht, JZ 1988, 62 (72f.); E. Schneider, Änderung, MDR 1971, 705 (706); Schoch, Europäisierung, JZ 1995, 109 (113); Scholz, Arbeitsverfassung, DB 1972, 1771 (1775ff.); K. Vogel, Rechtssicherheit, JZ 1988, 833 (835f.).

³¹⁹ H. Müller, Rechtsquellen, S. 12 (m. w. N.); Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 36 (Rechtsquelle ist Erkenntnisgrund, Rechtserkenntnisquelle ist Erkenntnismittel).

³²⁰ H. Müller, a.a.O., S. 13.

³²¹ Vgl. H. Müller, a.a.O., S. 13.

³²² Liver, Begriff Rechtsquelle, S. 3ff.; allerdings ist unklar, warum Liver nur das gesetzte Recht anführt, nicht auch das ungesetzte. Erklärung hierfür könnte sein, dass er das ungesetzte Recht als in den Rechtsaufzeichnungen und dem Juristenrecht widerspiegelt sieht.

³²³ Hofmann, Recht des Rechts, S. 32.

³²⁴ So J. Ipsen, Richterrecht, S. 60f.; Robbers, Einführung, S. 23f..

³²⁵ Z. B. Hassemer, Rechtssystem, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 263; Kindhäuser, Geltung, in: Staatslexikon II, Sp. 813; Köhler, Gesetzesauslegung, JR 1984, 45ff.; Picker, Richterrecht, JZ 1988, 62 (72f.); Scholz, Arbeitsverfassung, DB 1972, 1771 (1775ff.).

Präjudizien für reine Rechtsgewohnheiten mit Bedeutung allein für die Prognose über zukünftige Entscheidungen.³²⁶

Die Aussage, Richterrecht sei völlig unverbindlich, bedeutet, dass Richter im Einzelfall nur verbindliches Recht aufzeigen.³²⁷ Rechtsprechung lässt das Recht nicht entstehen, dieses ist vielmehr schon in der Rechtsordnung vorhanden und wird durch den Richter nur aufgedeckt. Damit ist das entscheidungsrelevante Recht bereits vor dem Richterspruch verbindlich und wurde nicht neu geschöpft.

Eine richterliche Ableitung, die keine eigene Verbindlichkeit besitzt, kann nur angenommen werden, wenn man davon ausgeht, dass alle Erkenntnis bereits in der Rechtsordnung angelegt ist. Das Richterrecht als "Rechtserkenntnisquelle" zu bezeichnen ist dann konsequent, da das abgeleitete Recht dem Richterrecht schon vorausliegt. Richterrecht bedeutet nur noch die Sichtbarmachung vorhandenen Rechts durch den Richter.

(2) Richterrecht als Rechtsquelle?

Von einer Ansicht wird angeführt, Richterrecht sei mit dem Gesetzesrecht identisch, weil der konkrete Inhalt des Gesetzes immer erst durch das Bemühen des Richters festgestellt werde.³²⁸ Jedenfalls ergäbe sich der Inhalt des Gesetzes (allein) gemäß dem pflichtgemäßen richterlichen Verständnis.³²⁹ Deshalb seien die richterlichen Entscheidungen die eigentlichen Rechtsnormen³³⁰, während das Gesetz bloßes Programm sei.³³¹

Aufgrund der großen Bedeutung und unzweifelhaften freiwilligen Befolgung des Richterrechts durch die Rechtsgenossen lassen sich Ansichten finden, die Richterrecht als echte eigene Rechtsquelle anerkennen wollen.³³²

Einige Stimmen bezweifeln, dass Gesetze überhaupt eine Bedeutung für die richterliche Rechtsfindung haben³³³ oder nehmen ein Erkenntnismonopol des Richters³³⁴ an. Für sie ist richterliche Rechtsfortbildung ein normaler und notwendiger Teil der Rechtssatzbildung, der in Fällen der Lückenhaftigkeit der Gesetzesordnung besonders augenfällig wird.³³⁵

Es wird deshalb teilweise angenommen, dass dann, wenn die richterliche Rechtsüberzeugung fester Bestandteil des geschriebenen Rechts (oder des Gewohnheitsrechts) geworden ist, "das gesetzte Recht den Charakter einer auf Rechtsfälle anwendbaren Norm erlangt"³³⁶ hat. Man spricht vom "normativem Richterrecht", das seine Verbindlichkeit dadurch erlangt, dass es als Entelechie des Gesetzes gar nicht anders wirken könne.³³⁷ Wenden Richter das geschriebene Recht unmittelbar an, um einen Streitfall zu entscheiden, so geschehe die Rechtsanwendung auf der Basis des durch die Richtigkeitsüberzeugung des einzelnen

³²⁶ Raisch, Gewohnheitsrecht, ZHR 150, 117 (137).

³²⁷ Richardi, Richterrecht, in: FS Zöllner, S. 939.

³²⁸ So Esser, Vorverständnis, S. 194.

³²⁹ Esser, Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (139).

³³⁰ So spricht F. Müller von dem Normtext methodisch zurechenbaren Rechtsnormen (Richterrecht, S. 71).

³³¹ Vgl. Bydlinski, Hauptpositionen, JZ 1985, 149 (150); Isay, Rechtsnorm, Kapitel 3.

³³² So Fikentscher, Methoden III, S. 319, der Gewohnheitsrecht als Teil des Richterrechts versteht, dem durch gefestigte Rechtsprechung und Rechtsüberzeugung ein „besonderer Grad von Geltung“ zukomme. Kruse, Richterrecht, S. 3ff.; Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, § 6 B. Bringewat sieht diese Eigenständigkeit bei Richterrecht contra legem gegeben (Gewohnheitsrecht und Richterrecht, ZStW 84, 585 (604)). Coing, Sätze des Richterrechts, JuS 1975, 277; Gusy, Richterrecht, DÖV 1992, 461; Kriele, Gesetzestreue, DRiZ 1984, 226 (233); Leisner, Richterrecht, DVBl. 1986, 705 (706); Redeker, Legitimation, NJW 1972, 409 (411).

³³³ Rottleuthner, Richterliches Handeln, S. 152.

³³⁴ Esser, Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (113).

³³⁵ Esser, Grundsatz und Norm, S. 23f. m. w. N..

³³⁶ Bringewat, Gewohnheitsrecht, ZStW 84, 585 (601).

³³⁷ Bringewat, a.a.O., S. 601.

Richters geprägten Gesetzesverständnisses.³³⁸ Die Anwendung des Gesetzes, die mittels der juristischen Methodik erfolge, geschehe mit dem Ziel, das geschriebene Gesetz für den konkreten Einzelfall anwendbar zu machen. „Normatives Richterrecht“ sei daher Teil des Gesetzesrechts und gehöre zu dieser Rechtsquelle.³³⁹ Die in Gesetzesrecht und normativem Richterrecht gemeinsam enthaltene Norm sei nicht unabänderlich festgeschrieben, unterliege vielmehr sich ständig wandelnden Gerechtigkeitsüberzeugungen.³⁴⁰ Folge dieses Verständnisses ist, dass Abweichungen von der üblichen Auslegung einer Norm bereits aus der Norm heraus gestattet sind, es wird nur von der in der Norm bereits angelegten Veränderungsbefugnis Gebrauch gemacht. Die Norm selber wird durch die veränderte Auslegung nicht grundlegend geändert, nur ihr Inhalt wird den veränderten Vorstellungen angepasst. Mit sich ändernden Gerechtigkeitsüberzeugungen darf sich auch die bisherige Auslegung einer Norm ändern. Richterrechtliche Prägungen der gesetzlichen Normen sollen ebenso wie vom Gesetz losgelöste Neuschöpfungen, die sich aus der Gesetzessystematik ergeben, der sich wandelnden richterlichen Überzeugung zugänglich sein.³⁴¹ In ihrem neuen Kern sollen die Rechtsschöpfungen allerdings wie Gesetze geltendes Recht sein. Sie bleiben nur in ihrer Auslegung und Fortbildung veränderter richterlicher Erkenntnis zugänglich.³⁴² Diese Ansicht trennt also zwischen Rechtsfortbildung innerhalb und außerhalb einer gesetzlichen Norm.

Andere sehen Richterrecht dagegen als völlig selbständige Rechtsquelle.³⁴³

(3) Richterrecht als Gewohnheitsrecht?

Weiterhin wird vertreten, die Rechtsprechung sei zumindest in ihren „wohlbestätigten Regeln“ Gewohnheitsrecht³⁴⁴ und gehört damit dieser Rechtsquelle an. Bei *Larenz/Canaris* findet sich der Satz: „Geradezu gesetzesgleiche Verbindlichkeit kann eine ständige Rechtsprechung dadurch erlangen, dass sie zur Grundlage eines Gewohnheitsrechts wird.“³⁴⁵

Vergleicht man Richterrecht im hier definierten Sinne mit dem Gewohnheitsrecht, so ist eines augenfällig: Gewohnheitsrecht besteht aus einem Rechtssatz, der Tatbestand und Rechtsfolge enthält. Gewohnheitsrecht ist ein gesetzesvertretender Satz.

Das zeigt, dass Gewohnheitsrecht von seinem Aufbau her mit demjenigen Richterrecht vergleichbar ist, das ebenfalls gesetzesvertretende Sätze aufstellt. Verfolgt man diesen Ansatz weiter, fällt die Vorstellung nicht schwer, aus gesetzesvertretendem Richterrecht könnte im Laufe der Zeit Gewohnheitsrecht werden. Diesem Gedanken folgt diejenige Ansicht, die Richterrecht nicht für eine eigenständige Rechtsquelle hält aber annimmt, dass es sich in die Rechtsquelle Gewohnheitsrecht umwandeln kann.³⁴⁶

Das gesetzesbezogene Richterrecht, das durch Analogien oder Entscheidungen contra legem

³³⁸ Esser, Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (96ff.).

³³⁹ Wobei Bringewat nur das „Auslegungsrecht“ als normatives Richterrecht in diesem Sinne versteht (Gewohnheitsrecht, ZStW 84, 585 [601 u. 603]; Esser, Rechtsprechung und Lehre, ZfVgl.RWiss 1975, 67 (75ff.); ders., Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (119); Hofmann, Recht des Rechts, S. 33.

³⁴⁰ Bringewat, a.a.O., S. 601.

³⁴¹ Esser, Rechtsprechung und Lehre, ZfVgl.RWiss 1975, 67 (77f.).

³⁴² Esser, a.a.O., S. 78.

³⁴³ Z. B. Hirte, Rechtsquellen, S. 51 m. w. N.; Isay, Rechtsnorm, S. 244, der darauf hinweist, dass jede Norm abstrakt gefasst ist, der Abstraktheitsgrad aber verschieden sein kann. Kruse, Richterrecht, S. 7ff.; E. Schneider, Änderung, MDR 1971, 705 (706).

³⁴⁴ Bötticher, Anmerkung, RdA 1969, 367 (368); Buchwald, Bindungswirkung, S. 157; Bydlinski, Hauptpositionen, JZ 1985, 149 (150); Olzen, Rechtswirkungen, JZ 1985, 155 (158f. u. 163); Picker, Richterrecht, JZ 1984, 153 (154f.); Vossen, Richterrecht, S. 25.

³⁴⁵ Methodenlehre, S. 258; ähnlich Meyer-Ladewig, Justizstaat, AcP 161, 97 (110f.).

³⁴⁶ Z. B. Liver, Rechtsquellen, S. 53; Merten, Bindung des Richters, DVBl. 1975, 675 (683); Picker, Richterrechtssetzung, JZ 1984, 155 (157f.); Reh binder, Rechtsqualität, JuS 1991, 542 (543).

entsteht, kommt dem gesetzvertretenden Richterrecht sehr nahe. Es enthält Tatbestände und Rechtsfolgen, weshalb auch hier von der eben zitierten Ansicht angenommen werden kann, dass in diesen Fällen durch langanhaltende Übung Gewohnheitsrecht entstehen kann.

Anderes gilt zudem für die mittels Auslegung gefundenen Richterrechtssätze. Wenn unter Gewohnheitsrecht nur das ungesetzte, durch eine allgemeine Übung manifestierte und vom Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft getragene Recht verstanden wird³⁴⁷, kann die gefestigte Auslegung von Tatbeständen auch nach andauernder Übung nicht als mit gewohnheitsrechtlicher Verbindlichkeit ausgestattet angesehen werden.³⁴⁸ Ein Auslegungssatz kann nie isoliertes Gewohnheitsrecht werden, da die Auslegung immer zuerst einen auslegungsbedürftigen Rechtssatz erfordert. Das Recht, welches ausgelegt wird, existiert bereits. Die Arbeit des Richters mit dem bereits existierenden Recht, sein denkender Gehorsam diesem gegenüber ist die Belebung des Rechts, die dieses zum „law in action“³⁴⁹ macht.

Der Aussage, Richterrecht könne zu Gewohnheitsrecht werden³⁵⁰, kann nicht ohne weiteres gefolgt werden.³⁵¹ In diesen Fällen knüpft die Rechtspflichtüberzeugung nicht an der Übung an, sondern stellt sich bereits mit der ersten Entscheidung ein. Es ist mit *Kriele* darauf hinzuweisen, dass das Gewohnheitsrecht immer erst entsteht, wenn „der Prozess der Rechtsgewinnung aus Präjudizien schon abgeschlossen ist: erst danach können die neuen Normen in die Gewohnheit übergehen“³⁵².

Neben diesem Argument ausgehend von der Gewohnheitsrechtsdefinition muss ein rechtstheoretisches Argument berücksichtigt werden: Wenn erst durch ständige Rechtsprechung das Gewohnheitsrecht entsteht, das ein materielles Gesetz ist, was liegt dann vor, bis das Gewohnheitsrecht entstanden ist? Es würde trotz richterlicher Formulierung eine verbindliche Regelung fehlen. Diese Frage ist durch die Theorie, dass ständige Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht werden kann, nicht beantwortet.

Nach dieser Ansicht wären zwei Arten von Gewohnheitsrecht zu unterscheiden, die als „ursprüngliches“ und „richterliches“ Gewohnheitsrecht bezeichnet werden können.³⁵³ Dabei meint „ursprüngliches“ Gewohnheitsrecht dasjenige Gewohnheitsrecht, das die Richter als existierendes Recht erkannt haben und anwenden. „Richterlich“ ist dagegen das Gewohnheitsrecht, das Richter neu entdecken und das dann durch Übung verfestigt wird. Aus dem neu entdeckten Recht soll sich eine Übung entwickeln können und sich die Rechtsüberzeugung der Beteiligten bilden, dass der gefundene Rechtssatz Verbindlichkeit habe.³⁵⁴

Ob „richterliches“ Gewohnheitsrecht entsteht, hängt nach der vorgetragenen Ansicht nicht von den Gerichten allein ab. Vielmehr müsse sich gerade eine Rechtsüberzeugung außerhalb der Gerichte bilden, d.h. bei den „beteiligten Kreisen“³⁵⁵.

³⁴⁷ S.o. B IV.

³⁴⁸ Bringewat, Gewohnheitsrecht, ZStW 84, 585 (596).

³⁴⁹ Esser, Grundsatz und Norm, S. 287.

³⁵⁰ So auch Vossen, Richterrecht, S. 25; Flume, Gewohnheitsrecht, S. 32.

³⁵¹ Ebenso Faller, Rechtslehre, S. 121; Coing, Sätze des Richterrechts, JuS 1975, 277; Isay, Rechtsnorm, S. 240f.; Kroeschell, Rechtsgeschichte 3, S. 191; Raisch, Gewohnheitsrecht, ZHR 150, 117 (126ff.); Reimann, Gerichtsgebrauch, DVBl. 1969, 951; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 464ff.; Scholz, Arbeitsverfassung, DB 1972, 1771 (1776).

³⁵² Rechtsgewinnung, S. 253.

³⁵³ Ähnliche Unterscheidung bei Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 119f.; Raisch, Gewohnheitsrecht, ZHR 150, 117 (120); Reimann, Gerichtsgebrauch, DVBl. 1969, 951; Stahl, Bindung der Staatsgewalten, S. 61f. m. w. N.; Walter, Gewohnheitsrecht, ÖJZ 1963, 225.

³⁵⁴ Mayer-Ladewig, Justizstaat, AcP 161, 97 (111).

³⁵⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 258; Reimann, Gerichtsgebrauch, DVBl. 1969, 951; vgl. hierzu oben B IV.

Gegen die aufgezeigte Ansicht, dass “richterliches” Gewohnheitsrecht³⁵⁶ entstehen kann, werden verschiedene Einwände erhoben.

a) Zeitpunkt der Bildung des Gewohnheitsrechts

Zunächst wird eingewandt, dass es unklar sei, wann aus unverbindlichem Richterrecht das Gewohnheitsrecht entstehe³⁵⁷, wann also die Transformation erfolge.

Die Frage zum Entstehungszeitpunkt stellt sich beim Gewohnheitsrecht immer.³⁵⁸ Konsequenterweise müsste aus der Unerkennbarkeit des Entstehungszeitpunktes folgen, dass Gewohnheitsrecht insgesamt in Frage zu stellen ist. Im Grunde ist nämlich nie klar feststellbar, wann genau Gewohnheitsrecht entsteht, die Übung also rechtlich verbindlich wird. Diese Schwierigkeit zeigt sich schon im Definitionsmerkmal der langandauernden Übung, dessen abstrakt-generelle Feststellung nie möglich ist.³⁵⁹

Um den Wechsel vom Richter- zum Gewohnheitsrecht genauer zu markieren, wird vorgetragen, dass neben der langandauernden Übung³⁶⁰ verschiedene weitere Indikatoren vorhanden sein müssten. So käme es zusätzlich darauf an, ob eine Rechtsprechung in der Lehre und der öffentlichen Meinung überwiegend Zustimmung finde, ob sie sich rasch durchsetze und sie schon vorher geäußerten Überzeugungen entspreche.³⁶¹ Die verbleibende Unsicherheit über den Zeitpunkt der Gewohnheitsrechtsentstehung müsse hingenommen werden, wolle man das Gewohnheitsrecht nicht wegen dieser faktischen Schwierigkeiten gänzlich ablehnen.³⁶²

Die bereits geäußerten Überzeugungen und die positive Aufnahme in der Wissenschaft und öffentlichen Meinung sind nur Indizien für die Richtigkeit der richterlichen Überlegungen. Dies gilt auch für die Geschwindigkeit, in der sich das neue Recht durchsetzt. Diese Kriterien sind deshalb nur geeignet, den Nachweis zu erbringen, dass die richterliche Ansicht einer allgemeinen Rechtsüberzeugung entspricht.³⁶³ Daraus folgt aber nicht, dass die richterliche Ansicht erst dadurch zu Recht wird, dass sie diese Bestätigung findet. Im Gegenteil muss wohl eher gesagt werden, dass Gerichtsgebrauch als solcher noch kein Gewohnheitsrecht hervorbringt, da einzelne Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtsentstehung (wie die Übung der beteiligten Kreise) fehlen.³⁶⁴ Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob die “Indikatoren” nicht vielmehr ein Hinweis darauf sind, dass bereits das Richterrecht eine dem Gewohnheitsrecht vergleichbare Bedeutung und Wirkung hat oder haben muss.

Dieser Einwand wird auch dadurch gestützt, dass durch die Richter entdecktes Recht wie auch das Gewohnheitsrecht vom Gesetzgeber übernommen oder von ihm ausdrücklich daran angeknüpft werden kann, wie es beispielsweise mit der c.i.c. und der pVV geschehen ist.³⁶⁵ Dennoch wurde nicht behauptet, dass die genannten Institute durch die Bezugnahme zu Gesetzesrecht geworden sind.³⁶⁶

³⁵⁶ Reh binder, Rechtsqualität, JuS 1991, 542 (543), geht davon aus, dass es gar kein anderes Gewohnheitsrecht als richterliches (mehr) geben kann.

³⁵⁷ Ähnlich Esser, Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (125).

³⁵⁸ S.o. B IV.

³⁵⁹ Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 35f. (m. w. N.).

³⁶⁰ Mayer-Ladewig, Justizstaat, AcP 161, 97 (111).

³⁶¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 258.

³⁶² Marx, Gewohnheitsrecht, S. 94ff. (insbes. S. 96).

³⁶³ Ähnlich Esser, Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (115).

³⁶⁴ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 46f.; Raisch, Methoden, S. 196.

³⁶⁵ Vgl. unter der alten Rechtslage § 11 Nr. 7 ABGB.

³⁶⁶ Diese Institute wurden auch durch die zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform nicht aufgehoben. Zentrales rechtspolitisches Anliegen der Reform war die Modernisierung durch Vereinheitlichung

b) Bildung der Rechtsüberzeugung

In Fortführung dessen wird ein weiterer Einwand gegen die Entstehung "richterlichen" Gewohnheitsrechts vorgebracht: Es sei zu bezweifeln, dass ausgehend von einer Rechtsprechung überhaupt eine relevante Rechtsüberzeugung entstehe, wie sie Voraussetzung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht ist.³⁶⁷

Der Einwand, dass es für die Bildung einer relevanten Rechtsüberzeugung nicht ausreichen könne, dass eine Rechtsprechung widerspruchsfrei hingenommen wird³⁶⁸, ist zutreffend. Die notwendige Rechtsüberzeugung liegt sicher auch dann noch nicht vor, wenn die Erwartung besteht, die Gerichte werden in späteren Verfahren ihrer Rechtsprechung treu bleiben³⁶⁹ und die Rechtssubjekte sich darauf einrichten.

Die für die Entstehung von Gewohnheitsrecht aus Richterrecht notwendige Rechtsüberzeugung soll aber dann vorliegen, wenn neben der Erwartung vom Andauern der Rechtsprechung die Überzeugung tritt, dass die Richter an die von ihnen entwickelte Norm gebunden sind.³⁷⁰

Die Bildung der Rechtspflichtüberzeugung bei den Rechtsgenossen findet nach dieser Ansicht ihren Anstoß in der (wohlbegründeten) Rechtsprechung. Wenn Entscheidungen wohlbegründet sind, trägt das zu ihrer leichteren und schnelleren Akzeptanz bei. Nur was gut begründet ist, setzt sich in der Rechtsprechung auch durch³⁷¹ - aber eben nicht nur dort.

c) Rechtsprechungsänderung

Es wird postuliert, ausgehend von einer Rechtsprechung dürfe Gewohnheitsrecht nicht entstehen, weil sonst die Gerichte gehindert wären, ihre Rechtsprechung später wieder zu ändern.³⁷²

Wenn Gewohnheitsrecht eine Rechtsquelle wie das Gesetz ist, dann bindet es die Richter grundsätzlich ebenso wie das Gesetz bis zu seiner Aufhebung. Die Aufhebung von Gewohnheitsrecht kann aber nur durch Gesetz, jüngeres Gewohnheitsrecht oder Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erfolgen: der Gesetzgeber ist der oberste Rechtssetzer und befugt, alles Recht zu ändern. Dass jüngeres Recht dem älteren Recht vorgeht, gilt auch für das Gewohnheitsrecht, auch wenn dort eine Korrektur durch die Übenden, die durch ihr Verhalten die Gewohnheit bezeugen, kaum wahrscheinlich ist, denn es müsste gegen das Bisherige entschieden werden.

Sobald eine Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht geworden ist, können die Richter von ihr

und Vereinfachung. Richterrecht sollte kodifiziert werden, um die Divergenz von Gesetzestext und tatsächlich praktiziertem Recht zu beseitigen (Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, Einführung B I). Für die c.i.c. begnügte man sich mit einer Regelung dem Grunde nach, so dass weiter auf die Rechtsprechung unter der alten Rechtslage zurückgegriffen werden muss (Lieb, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, § 3 Rn. 36). Damit bleibt das Richterrecht weitgehend maßgeblich (vgl. Krebs, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, § 3 Rn. 1; Palandt-Heinrichs, BGB, § 311 Rn. 11). Ähnliches gilt für die pVV, für die keine speziellen Regelungen geschaffen wurden - sie soll nun in § 280 BGB erfasst sein (Palandt-Heinrichs, BGB, § 280 Rn. 5). Allerdings wurde die pVV vom „Instrument der Lückenfüllung zum allgemeinen Prinzip aufgewertet“ (Dauner-Lieb, a.a.O., § 2 Rn. 15).

³⁶⁷ Kruse, Rechtsgefühl, BB 1985, 1077 (1078); Neuhaus, Gewohnheitsrecht, JuS-Lernbogen 1996, L 41 (L 44 m. w. N.).

³⁶⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 258.

³⁶⁹ Larenz/Canaris, a.a.O., S. 258.

³⁷⁰ Kriele stellt dies für seine Lehre von der präsuntiven Präjudizienverbindlichkeit so dar: „Gewohnheitsrecht entsteht durch Präjudizien überhaupt nur deshalb, weil Präjudizien eben als präsuntiv verbindlich angesehen werden. Deswegen wird ihnen gefolgt und deswegen wird ihre Befolgung zur Gewohnheit.“ (Rechtsgewinnung, S. 254). Dass daneben noch andere Motive eine Rolle spielen können, schließt das Entstehen der relevanten Rechtsüberzeugung nicht aus (Enneccerus/Nipperdey, BGB, S. 262).

³⁷¹ Wie Seifert, Argumentation, für die zivilrechtliche Rechtsprechung nachgewiesen hat.

³⁷² Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 67f.; Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 53.

nicht mehr einfach abweichen. Für Abweichungen gelten dieselben Regeln wie beim Gesetz (Auslegung, Analogie und Umkehrschluss, offen ist generell noch die Behandlung von contra-legen-Entscheidungen³⁷³). Auch das Gewohnheitsrecht können die Richter mit dem Handwerkszeug der juristischen Methodik also weiterentwickeln.³⁷⁴

d) Bezeichnung durch die Gerichte

Der Behauptung der Existenz richterlichen Gewohnheitsrechts wird entgegen gehalten, dass die Richter ihre Entscheidungen nicht als Gewohnheitsrecht bezeichnen würden.³⁷⁵ Damit wäre die Behauptung aufgestellt, dass nur dasjenige, was als Gewohnheitsrecht bezeichnet wird, auch Gewohnheitsrecht ist. Jedoch ist die Bezeichnung der Rechtsgrundlage durch die Gerichte für die Existenz der Rechtsgrundlage nicht entscheidend. Wenn man die Möglichkeit bejaht, dass es richterliches Gewohnheitsrecht gibt, entsteht auch dieses aufgrund außerhalb der Gerichte ablaufender Vorgänge. Die Richter sind gar nicht in der Lage, ihre Entscheidungen als „Gewohnheitsrecht“ zu bezeichnen, solange es an einer Übung und der Rechtsüberzeugung der Betroffenen fehlt, die wenigstens durch eine „ständige Rechtsprechung“ gekennzeichnet ist.

Auch tun die Richter gut daran, ihre Rechtsprechung, selbst wenn sie eine ständige ist, nicht als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen. Denn auch die Ansicht vom richterlichen Gewohnheitsrecht fordert, dass über den Gerichtsgebrauch hinaus die externe Anerkennung der Rechtsprechung nötig ist. Erst wenn diese manifestiert ist, kann von richterlichem Gewohnheitsrecht gesprochen werden.

Daher kommt es nicht darauf an, ob die Richter eine ständige Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht bezeichnen, um annehmen zu können, dass Gewohnheitsrecht vorliegt. Die Zweifel an der Theorie der Umwandlung von Richterrecht in Gewohnheitsrecht legen die Vermutung nahe, dass Richterrecht tatsächlich als eigene Rechtsquelle einzustufen ist. Die Argumentation mittels Gewohnheitsrecht wird dem Phänomen Richterrecht nicht gerecht, sie umgeht es nur³⁷⁶, denn sie hat keine überzeugende Erklärung für die Eigenschaften des Richterrechts bevor dieses zu Gewohnheitsrecht erstarkt.

³⁷³ S.o. B V.

³⁷⁴ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 177.

³⁷⁵ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 47.

³⁷⁶ Leisner, a.a.O., S. 46; Raisch, Gewohnheitsrecht, ZHR 150, S. 117ff..

(4) Lehre von der "Fallnorm"

Eine besondere Ansicht zum Richterrecht vertritt *Fikentscher* mit seiner Theorie der Fallnorm. Er unterscheidet Gesetz und Richterrecht, bezeichnet aber das Richterrecht als eine dem Gesetzesrecht ebenbürtige Quelle von Fallnormen.³⁷⁷ Seine Theorie lässt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Dem zu beurteilenden Fall wird eine fallentscheidende Norm gegenübergestellt, die auf jeden entscheidungserheblichen Sachumstand ein Tatbestandsmerkmal "zupasst".³⁷⁸ Die Fallnorm wird deshalb beschrieben als "diejenige Regel des objektiven Rechts, die einem lösungsbedürftigen Sachverhalt eine ihn regelnde Rechtsfolge zuordnet".³⁷⁹ Die Fallnormen sind das objektive Recht als Summe aller in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft in einer bestimmten geltenden Rechtsordnung notwendigen Fallnormen.³⁸⁰ Das Recht setzt sich nach *Fikentscher* nur aus den Fallnormen zusammen. Positives Recht, zu dem Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht gehören, sei die Summe aller bei der Bildung der benötigten Fallnormen zu beachtenden "Bestätigungshilfen".³⁸¹ Die Bestätigungshilfen dienen dazu, die jeweils benötigten Fallnormen zu konstruieren. Es gilt nicht das positive Recht, sondern es gelten die Fallnormen.³⁸²

Die Fallnormen in ihrer Summe seien die eigentliche Rechtsquelle³⁸³, weshalb hierfür ein neuer Name zweckmäßig sei. Der treffendste Ausdruck für Fallnorm als Rechtsquelle ist für *Fikentscher* der des Richterrechts, da der Richter die Fälle lösen und die dafür notwendigen Fallnormen finden muss.³⁸⁴ "Richterliche Fallnormen sind dann Präjudizien, die als Rechtsquelle, als Bestätigungshilfe für die Entscheidung von Fällen eingesetzt werden."³⁸⁵ Deshalb gelte: "Richterrecht bindet im Rahmen sach- und gleichgerechter Beurteilung, es ist eine Rechtsquelle für objektives Recht, für Fallnormen. Ebenso ist das Gesetz Rechtsquelle für Fallnormen, die im Wege der Konkretisierung aus ihm zu gewinnen sind. Soweit der klare und bestimmte Gesetzeswortlaut reicht, gilt er und er gilt ohne Umweg über das Richterrecht."³⁸⁶

Zu den Wirkungen der Fallnormtheorie ist festzuhalten, dass die Präjudizien unterschiedlich zu beurteilen sind.³⁸⁷ Innerhalb der Wortlautgrenze einer inhaltlich bestimmten Gesetzesnorm binden Präjudizien nicht. Hier besteht die Bindung an das Gesetz, aus dem heraus die Fallnorm abgeleitet wird. Außerhalb der Wortlautgrenze und bei unbestimmten Gesetzesnormen binden die Präjudizien dagegen strikt: der Richter könne jedoch die bindende Kraft eines Präjudizes verneinen, wenn er es für falsch entschieden halte.³⁸⁸

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Richterrecht eine Rechtsquelle ist, deren strikte Bindung aber verneint und damit letztendlich aufgehoben werden kann. Dies eröffnet den Weg für Rechtsprechungsänderungen, ohne dass die Eigenschaft des Richterrechts, Rechtsquelle zu sein, abgelehnt werden muss.

³⁷⁷ Methoden IV, S. 235, 271, 310 u. 660.

³⁷⁸ A.a.O., S. 186; ders., Fallnorm, ZfRV 1980, 161ff..

³⁷⁹ Methoden IV, S. 202.

³⁸⁰ Fallnorm, ZfRV 1980, 169.

³⁸¹ A.a.O., S. 168.

³⁸² A.a.O., S. 168

³⁸³ A.a.O., S. 169.

³⁸⁴ A.a.O., S. 170.

³⁸⁵ A.a.O., S. 170.

³⁸⁶ A.a.O., S. 170.

³⁸⁷ Methoden IV, S. 241ff..

³⁸⁸ A.a.O., S. 243.

(5) Beschränkte Befolgungspflicht und präsumtive Verbindlichkeit

Eine weitere Ansicht misst dem Richterrecht für bestimmte Fälle eine gewisse Bedeutung bei. Sie bestehe immer dort, wo das geltende Recht mehrere Lösungen zulässt und keine als die bestbegründetste angesehen werden kann.³⁸⁹ Damit sind Fälle gemeint, in denen mehrere Lösungen als vertretbar bezeichnet werden müssen.³⁹⁰ Es handelt sich um Fälle von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen. Hier wird die Berücksichtigung der Judikatur als aus prozessökonomischen Gründen legitim erachtet³⁹¹, zumindest aber als im Zweifel geboten angesehen.³⁹²

Das Richterrecht stelle in diesen Fällen eine schwächere, d.h. nur subsidiäre Rechtsquelle³⁹³ dar, weil dem Richter in der Situation mehrerer vertretbarer Lösungen als einziges Mittel der Rechtsfindung nur seine Eigenwertung zur Verfügung stehe. Aus diesem Grunde sollen Richter sich an vorhandenen Präjudizien orientieren. Nur so könnten die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung gewahrt werden.³⁹⁴

Bydlinski nimmt an, dass im Bereich des “non liquet” die Präjudizien “den Ausweg aus der sonst rechtlich kriterienlosen Wahl zwischen mehreren Lösungsmöglichkeiten” bieten und sich hierin die konstitutive Wirkung des Richterrechts zeige.³⁹⁵ Die Beachtung der Präjudizien sei hier geboten und ihnen käme daher normative Verbindlichkeit zu. Es handele sich deshalb in diesen Fällen um echtes Richterrecht.³⁹⁶ Allerdings sei das echte richterliche Fallrecht eine “gegenüber dem Gesetz deutlich schwächere, d.h. subsidiäre Rechtsquelle. Es binde nur, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass eine andere Lösung der - methodisch einschließlich der zugrunde liegenden Zwecke und Prinzipien voll ausgeschöpften - Rechtsordnung deutlich besser entspricht. Es bindet aber immerhin dann, wenn auch eine andere Lösung etwa ‘gleich vertretbar’ wäre.”³⁹⁷

Richterrecht kann also Recht mit normativer Verbindlichkeit wie das Gesetz sein. Richter sind (teilweise) Rechtssetzer neben dem Gesetzgeber, wenn Rechtssicherheit und Gleichbehandlungsgebot es erfordern. Diese Meinung erkennt an, dass Richter verbindliches Recht setzen. Die Befugnis wird nur auf die non-liquet-Situation begrenzt.

Begründet wird das Entstehen echten Richterrechts mit der Rechtssicherheit und der Gleichheit, die Verfassungssätze sind.³⁹⁸

Eine ähnliche Begründung für die Bedeutung von Richterrecht gibt die Lehre von der präsumtiven Verbindlichkeit der Präjudizien, weshalb vielfach auf sie verwiesen wird.³⁹⁹

Diese Lehre stammt von *Kriele*⁴⁰⁰. Er geht von der Tatsache aus, dass Gerichte bei der Entscheidungsfindung Präjudizien beachten und als verbindlich ansehen. Die Verbindlichkeit sei aber nicht endgültig, sondern könne jederzeit gelockert werden; es sei sogar eine völlige Lösung vom Präjudiz möglich. Entscheidend sei, dass diese Verbindlichkeit die Voraussehbarkeit zukünftiger Entscheidungen erhöhe⁴⁰¹, die Richter entlastet würden⁴⁰² und

³⁸⁹ Vgl. Bydlinski, Hauptpositionen, JZ 1985, 149 (151).

³⁹⁰ Bydlinski, a.a.O., S. 151.

³⁹¹ Walter, Gewohnheit, ÖJZ 1963, 231.

³⁹² So Flume, Gewohnheitsrecht, S. 56.

³⁹³ Vgl. Bydlinski, Methodenlehre, S. 510; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 257.

³⁹⁴ Larenz/Canaris, a.a.O., S. 256.

³⁹⁵ Juristische Methodenlehre, S. 406.

³⁹⁶ Bydlinski, a.a.O., S. 506.

³⁹⁷ Bydlinski, a.a.O., S. 510.

³⁹⁸ Bydlinski, a.a.O., S. 506.

³⁹⁹ Vgl. nur Bydlinski, a.a.O., S. 510; Bocker/Knops, Präjudizienvermutung, Jura 1993, 300 (301); Seifert, Argumentation, S. 41ff.

⁴⁰⁰ Rechtsgewinnung, S. 243ff.; ders., Recht und praktische Vernunft, S. 96ff.

⁴⁰¹ Rechtsgewinnung, S. 259.

zur Gerechtigkeit dadurch beigetragen werde, dass die Gerichte dazu gezwungen seien, gleiche Fälle gleich zu behandeln, solange kein Grund zur Abweichung vorliegt: „Das Präjudiz bindet, aber es bindet nicht unbedingt, sondern nur mangels guter Gründe für die Abweichung, kurz es besteht eine widerlegliche Rechtsvermutung zugunsten des Präjudiz.“⁴⁰³

Während der Gesetzgeber aber relativ frei ist, seine Gesetze zu ändern, billigt *Kriele* den Gerichten die Änderungsbefugnis nur bei Vorliegen guter Gründe zu. Auch die Lehre von der Präjudizienverbindlichkeit schließt nicht aus, dass Richterrecht existiert, dass als Rechtsquelle neben das Gesetz tritt.

(6) Zwischenbetrachtung

Die heutigen Ansichten zum Richterrecht lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen.⁴⁰⁴ Richterrecht wird entweder als unverbindlich, präsumtiv verbindlich oder verbindlich angesehen.⁴⁰⁵ Bereits die Zubilligung präsumtiver Verbindlichkeit führt dazu, dass das Richterrecht einen bedeutenden Platz neben dem Gesetzesrecht einnimmt, die Richter also in weiten Teilen neben den Gesetzgeber treten. Sie nehmen dann die Stellung des zweiten Gesetzgebers im Staate ein.

Der Unterschied zwischen präsumtiver und strenger Verbindlichkeit besteht darin, dass im Falle präsumtiver Verbindlichkeit bereits die Veränderungsbefugnis und die Möglichkeit der Rechtsprechung, sich von der Bindung zu befreien, zugestanden wird. Die Haltung „strikte Verbindlichkeit“ spricht dagegen die Veränderungsbefugnis ab. Im Ergebnis bedeutet das, dass beide Verbindlichkeitsansichten Richterrecht zur Rechtsquelle machen. Denn das der Schöpfer die Quelle ändern kann, steht dem Rechtsquellenbegriff nicht entgegen. Auch der Gesetzgeber kann seine Regelungen ändern.

Soll Richterrecht dagegen ohne jede Verbindlichkeit sein, so sind Urteile allein für die Streitparteien bedeutend und als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen interessant.

Die drei dargestellten Gruppen der Richterrechtseinordnung können jede für sich das Phänomen Richterrecht nicht befriedigend erklären.

Die Ansicht vom vollwertigen Rechtsquellencharakter des Richterrechts leidet an der Schwäche einer dogmatischen Begründung für die weitreichende „Gesetzgebereigenschaft“, die sie den Richtern zubilligt. Sie arbeitet allein mit methodischen Argumenten und vernachlässigt etwaige Vorgaben der deutschen Rechtsordnung.

Die Ansicht von der Unverbindlichkeit des Richterrechts muss sich vorwerfen lassen, die tatsächlichen Lebensvorgänge zu ignorieren - Präjudizien werden beachtet.

Der Ansicht, die nur eine faktische Verbindlichkeit des Richterrechts annimmt, wird der Vorwurf gemacht, dass sich faktische Geltung nicht dogmatisch beschreiben lässt. Was ist „faktische Normgeltung“? Etwas, was rechtlich nicht gilt, kann für das Recht nichts bedeuten.⁴⁰⁶

Die Arbeit mit beschränkten Befolgungspflichten oder der präsumtiven Verbindlichkeit führt für den Rechtsanwender und die Rechtsunterworfenen zu wenig Klarheit, da sie in jedem Fall prüfen müssten, ob verbindliches Richterrecht vorliegt oder nicht. Von der Vielzahl

⁴⁰² A.a.O., S. 262ff..

⁴⁰³ A.a.O., S. 247.

⁴⁰⁴ Eine ausführliche Darstellung aller vertretenen Theorien findet sich bei Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 110ff..

⁴⁰⁵ Übersicht auch bei Lorenz, Richterrecht, in: Staatslexikon IV, Sp. 922.

⁴⁰⁶ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 45.

richterlicher Entscheidungen, die eine neue Rechtssicht aussprechen, wäre nicht klar, welche tatsächlich Richterrecht sind und welche nicht.

Trotz ihrer nicht völlig befriedigenden Begründungen zeigt die Mehrzahl der heute vertretenen Ansichten zur Bindungswirkung von Richterrecht, dass es als Rechtsquelle angesehen wird. Das lässt die Frage entstehen, wie eine solche Einordnung mit dem Rechtsquellenverständnis in Einklang zu bringen ist.

Hält man Richterrecht für verbindlich, so muss es auch mit den anderen Rechtsquellen gleichgesetzt werden. Es besteht dann erst recht kein Grund dafür, eine Umwandlung des Richterrechts in eine der anderen Rechtsarten anzunehmen.

Dagegen ist die Reflexion einer ungeschriebenen Rechtsregel durch geschriebenes Recht anders einzuordnen. Die frühere Bezugnahme des Gesetzgebers in § 7 Nr. 11 AGBG auf die pVV und die c.i.c. bedeutete nur die Widerspiegelung einer rechtlichen Regel und damit deren ausdrückliche Anerkennung. Dies gilt auch nach der Schuldrechtsreform.⁴⁰⁷ Die Erfassung einer ungeschriebenen Norm im Gesetz fördert die Rechtssicherheit. Hierdurch wird der ungeschriebenen Norm aber keine neue Gestalt verliehen. Der Gesetzgeber erklärt sich vielmehr mit der rechtlichen Regelung einverstanden.

Die Frage, ob oder inwieweit Richterrecht verbindlich und damit als echte Rechtsquelle anzusehen ist, ist in der Rechtswissenschaft nicht eindeutig entschieden.⁴⁰⁸

Das Bundesverfassungsgericht scheint dazu zu neigen, im Richterrecht eine Rechtsquelle zu sehen.⁴⁰⁹ Das Gericht geht davon aus, dass die Richter in Ausnahmefällen zu schöpferischer, gesetzesungebundener Rechtsschöpfung befugt sind. Das Grundgesetz habe keine Einschränkung des Richters auf die wörtlichen Weisungen des Gesetzgebers angeordnet. Die richterliche Tätigkeit bestünde eben "nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Einzelentscheidungen des Gesetzgebers". Die Rechtsprechung sei vielmehr dazu aufgefordert, "Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollständig zum Ausdruck gelangt sind, ... ans Licht zu bringen"⁴¹⁰. Dies fordere Art. 20 Abs. 3 GG, indem er die Bindung an das Recht statuiert.⁴¹¹

Für *Sobota* bringt das Gericht hiermit nicht zum Ausdruck, dass die kreative richterliche Tätigkeit Rechtssetzung sei.⁴¹² Auch der lückenfüllende oder -überspringende Richter schaffe das Recht nicht, sondern wende es an, denn er bewege sich immer noch im Rahmen der Rechtsordnung; er erkenne Recht innerhalb des bestehenden Systems.⁴¹³

Gegen dieses Argument spricht, dass beispielsweise die pVV und die c.i.c. ausgehend von Lücken im BGB als Gewohnheitsrecht entstanden sind. Deshalb ergibt sich die Frage, ob die Gewohnheit hier neues Recht geschaffen hat, oder dieses bereits in der Rechtsordnung enthalten war. Dann müsste wahrscheinlich die Einstufung als Gewohnheitsrecht abgelehnt werden.

Es erscheint eher so, dass in einer Rechtsordnung zwar Vieles angelegt ist. Ob das Angelegtsein aber auch schon das Vorhandensein von Recht bedeutet oder ob das Ausgestalten des Angelegten zu eigenem Recht führt⁴¹⁴, ist damit noch nicht entschieden.

⁴⁰⁷ S.o. Fn. 366.

⁴⁰⁸ Dazu auch Lames, Rechtsfortbildung, S. 19ff..

⁴⁰⁹ Vgl. BVerfGE 34, 269ff..

⁴¹⁰ BVerfG, a.a.O., S. 286.

⁴¹¹ BVerfG, a.a.O., S. 286.

⁴¹² Prinzip Rechtsstaat, S. 103f..

⁴¹³ A.a.O., S. 104.

⁴¹⁴ So im Ansatz Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 122, für die richterliche Konkretisierung gesetzlicher Begriffe.

(7) Entstehungsargument

Die Entstehung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts soll gegen ihre (auch nur teilweise⁴¹⁵) Zuordnung zum Richterrecht sprechen.⁴¹⁶

Die Verwaltungsgerichte haben die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts z. T. nicht in originärer Weise entwickelt, sondern sie von der Rechtswissenschaft übernommen. Die Rechtswissenschaft habe durch überzeugende Herleitung und Begründung einzelner allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsrechts der Rechtsprechung die Überzeugung vermittelt, die Grundsätze seien bereits vollgültige Rechtsnormen und beanspruchten als ungeschriebenes Recht gesetzegleiche Verbindlichkeit.⁴¹⁷ Die Argumente der verwaltungsrechtlichen Wissenschaft seien in ihrer Zeit so vorgetragen worden, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Normen angesehen worden seien. Die Gerichte übernahmen sie deshalb nicht aus freiem schöpferischem Entschluss, sondern gehorchten mit der Übernahme nach eigener Überzeugung vielmehr „ihrer richterlichen Pflicht, neben dem geschriebenen Gesetz ... auch das nicht minder verbindliche ungeschriebene Recht zu beachten“⁴¹⁸. Hielten die Richter sich aber an die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, weil sie in ihnen verbindliche Rechtsnormen sahen, so seien diese Grundsätze nicht durch Richterrecht geschaffen worden, da es an einer willentlichen Rechtsfortbildung durch die Richter gefehlt habe.⁴¹⁹

Diese Rückführung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts auf die rechtswissenschaftliche Erkenntnis und ihre nur deklaratorische Übernahme durch die Rechtsprechung spiegelt ein bereits mehrfach angedeutetes Argument wider: Das Recht, auf das die Richter ihre Entscheidungen stützen, war bereits vor der Entscheidung vorhanden, denn die rechtswissenschaftliche Überlegung hatte es ja bereits aufgedeckt. Hier wird erneut der auch vom Bundesverfassungsgericht angesprochene Ansatz deutlich, wonach manches Recht ungeschrieben in der Rechtsordnung bereits enthalten sei. Seine Existenz zeige sich anhand der überzeugenden Argumentation zu seiner Aufdeckung.

Dieser Ansatz lässt zwei Fragen unbeantwortet. Zum einen sind nach ihm weder die Rechtswissenschaft noch die Rechtsprechung Schöpfer des Rechts, da dieses ja nur aufgefunden wird. Entdecker des ungeschriebenen Rechts kann also jeder sein, der sich mit einer bestimmten Rechtsfrage auseinander setzen muss (also zum Beispiel auch Anwälte oder die Verwaltung).

Zum anderen lässt der Ansatz offen, woher genau das Recht stammt.

Zudem ist der Einwand zu erheben, dass die faktische Feststellung zu machen ist, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts letztlich wohl vor allem deshalb unbestrittene Geltung erlangt haben, weil die Gerichte sie anwendeten.

Die Richter mögen die Grundsätze zwar als „auch ohne gesetzliche Bestätigung aus sich selbst heraus gültige Rechtssätze“⁴²⁰ angesehen haben. Sofern aber tatsächlich ohne richterlichen Spruch keine Rechtsregeln vorgelegen haben, können sie erst durch den Richterspruch zur Existenz gelangt sein. Es kommt daher allein darauf an, ob die Richter in der Lage sind, Recht zu schöpfen.

Übernahmen die Richter die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, weil sie sich an diese gebunden fühlten, so lag ggf. ein Irrtum der Richter vor. Dieser hindert jedoch die Entstehung von Richterrecht dann nicht, wenn vorher tatsächlich keine verbindliche Norm vorlag. Eine Fehleinschätzung durch die Rechtsprechung ist kein Entstehungshindernis für

⁴¹⁵ So aber Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 92ff..

⁴¹⁶ Hardt, Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (689).

⁴¹⁷ Vgl. den ausführlichen Nachweis bei Mußnug, Verwaltungsrecht, in: FS Uni Heidelberg, S. 203 (205).

⁴¹⁸ Mußnug, a.a.O., S. 208.

⁴¹⁹ Mußnug, a.a.O., S. 208.

⁴²⁰ Mußnug, a.a.O., S. 209.

Richterrecht, sofern die Entstehung von Richterrecht generell bejaht wird.

(8) Ergebnis

Richterrecht könnte aufgrund seines Inhalts und seiner Entstehungsweise Rechtsquelle jedenfalls der jüngeren der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sein.

Da die rechtstheoretische Behandlung des Phänomens Richterrecht jedoch noch immer uneinheitlich ist, bedarf es hierzu weiterer Untersuchungen, die beim Begriff Rechtsquelle ansetzen.

VI. Prinzipien, Regeln, Rechtsgedanken

Zur Erklärung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts bietet sich eine Theorie an, die mit ungeschriebenem Recht argumentiert.

1. Rechtsgrundsatztheorie

Die wohl umfassendste Theorie zur einheitlichen Erfassung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts und ihrer Herleitung geht auf *H. J. Wolff*⁴²¹ zurück. Die sog. Rechtsgrundsatztheorie lässt sich wie folgt beschreiben:

Ausgehend von der aristotelischen Einsicht, nur Seiendes könne auf seine Natur hin befragt werden, setzt die Theorie voraus, dass es in der Rechtsordnung sog. Rechtsgrundsätze gibt (axiomlogische Vorbestimmtheit).⁴²²

Die Rechtsgrundsätze werden neben dem geschriebenen Recht und neben dem Verfassungs- und Gewohnheitsrecht als Fundamentalnomen angesehen, die zur Auslegung des geschriebenen und des Gewohnheitsrechts, zur Lückenfüllung und zur Anpassung der Kasuistik an die Anforderungen der Gerechtigkeit herangezogen werden.⁴²³ Die Rechtsgrundsätze sollen unmittelbar einem Gerechtigkeitsgefühl entnommen werden, weshalb sie sich aus den Prinzipien der positiven Rechtsordnung ergeben sollen.⁴²⁴

Die Rechtsgrundsätze seien die ranghöchsten Rechtsquellen, zu denen sich alle anderen Rechtsquellen nicht in Widerspruch setzen dürften.⁴²⁵ Der einzelne Rechtsgrundsatz leite sich aus dem Prinzip der Gerechtigkeit ab⁴²⁶, könne aber im Verfassungsgesetz oder anderen formellen Gesetzen Ausdruck finden.⁴²⁷

H. J. Wolff unterscheidet dabei zwischen allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätzen.⁴²⁸

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze definiert er als "Ableitungen aus dem Rechtsprinzip hinsichtlich solcher allgemeinen und typischen Situationen und Interessenlagen, die lediglich bedingt sind durch die Existenz einer Vielheit von Menschen. Damit knüpfen sie an keine weiteren sozialen Gegebenheiten an als an solche, die auch Voraussetzung einer Rechtsordnung überhaupt sind."⁴²⁹ Die hier in Betracht gezogenen Interessen seien daher zeitlich und volklich konstant. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze entstünden zugleich mit jeder zwischenmenschlichen Rechtsordnung.⁴³⁰

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind also allgemeingültig, weil sie die Regelung der in jeder Rechtsgemeinschaft vorfindbarer Interessenlagen betreffen und zwingend mit jeder Rechtsordnung entstehen.⁴³¹ Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sollen u.a. der Grundsatz der Menschenwürde, der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Grundsatz von Treu und Glauben gehören.⁴³²

⁴²¹ Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33ff.

⁴²² So auch Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 81 Fn. 1.

⁴²³ H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (34ff.).

⁴²⁴ A.a.O., S. 37.

⁴²⁵ A.a.O., S. 37.

⁴²⁶ A.a.O., S. 37; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 II 1 Rn. 2.

⁴²⁷ Wolff/Bachof/Stober, a.a.O., § 25 II 1 Rn. 2.

⁴²⁸ H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (39f.).

⁴²⁹ A.a.O., S. 39.

⁴³⁰ A.a.O., S. 39.

⁴³¹ Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 94.

⁴³² H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (39f.).

Unter den besonderen Rechtsgrundsätzen sollen demgegenüber “Ableitungen aus dem Rechtsprinzip im Hinblick auf andere allgemeine und typische Situationen und Interessenlagen, die nicht lediglich durch die Existenz einer Vielheit von Menschen bedingt sind, sondern darüber hinaus schon bestimmte, raum-zeitlich bedingte soziale Lebensverhältnisse und Lebensordnungen als ‘Tatsachen und Umstände’ voraussetzen [zu verstehen sein]. (...) Situationen und Interessenlagen sind ... nicht mehr absolut konstant, und die gewonnenen Rechtsgrundsätze sind nicht mehr streng allgemeingültig vielmehr in ihrem Bestand von den zugrunde liegenden Ordnungen und Umständen - allerdings auch nur von diesen - abhängig.”⁴³³ Die besonderen Grundsätze lassen sich für eine bestimmte Rechtsordnung oder einen Teil von ihr gewinnen.⁴³⁴ Zu den besonderen Grundsätzen sollen beispielsweise “als Rechtsgrundsätze des deutschen Verwaltungsrechts” das Verbot, die Rechtsstellung von Personen ohne besonderen Grund zu beeinträchtigen, die Zulässigkeit von staatlichen Eingriffen in Rechte der Bürger bei dringenden Erfordernissen des gemeinen Wohls gegen Entschädigung und das Gebot des geringsten Eingriffs gehören.⁴³⁵

Ausgehend von den durch *H. J. Wolff* beschriebenen besonderen Rechtsgrundsätzen, die auf dem Gebiet des deutschen Verwaltungsrechts gelten sollen, entwickelte *Menger* den Begriff der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts und deren Ableitung aus den besonderen Rechtsgrundsätzen weiter.⁴³⁶

Da die besonderen Rechtsgrundsätze sich in Teilen von Rechtsordnungen finden lassen, kann es selbstverständlich auch besondere Rechtsgrundsätze auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts geben.⁴³⁷ *Menger* nimmt an, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts besondere Rechtsgrundsätze sind, die für das Rechtsgebiet der öffentlichen Verwaltung gelten.⁴³⁸ Zu den so abgeleiteten allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts zählt *Menger* beispielsweise das Verbot der Entscheidung in eigener Sache, das Gebot des rechtlichen Gehörs, das Verbot der rechtsgrundlosen Beeinträchtigung der Rechtsstellung von Personen, die Zulässigkeit obrigkeitlicher Eingriffe in die Rechtssphäre des Bürgers aus dringenden Erfordernissen des gemeinen Wohls sowie die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns.⁴³⁹ Damit wird deutlich, dass die Begriffsbildung “allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts” keine spezielle Bedeutung hat. Es gibt genauso allgemeine Grundsätze des Bürgerlichen Rechts oder des Strafrechts.

Diese Ableitung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts wird von den Anhängern der Rechtsgrundsatztheorie einhellig nachvollzogen.⁴⁴⁰

Allerdings wird teilweise darauf hingewiesen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze für das Gebiet des deutschen Verwaltungsrechts (allgemeine Verwaltungsgrundsätze) nicht mit den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts gleich zu setzen seien.⁴⁴¹ Der Hinweis wird darauf gestützt, dass es allgemeine Verwaltungsgrundsätze gebe, die keine allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts seien. Zur Unterscheidung wird das Kriterium angeführt, dass nur diejenigen Grundsätze als allgemeine Verwaltungsgrundsätze bezeichnet werden

⁴³³ A.a.O., S. 41f.

⁴³⁴ Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 95.

⁴³⁵ H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (41f.); anders Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 II 1 Rn. 3, die die Aufopferung und das „Übermaßverbot“ für allgemeine Rechtsgrundsätze halten.

⁴³⁶ Allgemeine Grundsätze, in: FS Bogs, S. 89 (94); ähnlich H. Huber, Verhältnismäßigkeit, S. 19.

⁴³⁷ Menger a.a.O., S. 94.

⁴³⁸ A.a.O., S. 94.

⁴³⁹ A.a.O., S. 94.

⁴⁴⁰ Vgl. nur Hardt, Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (688ff.); Menger, a.a.O., S. 94; Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 90ff..

⁴⁴¹ So Rengeling, a.a.O., S. 95.

könnten, die direkt aus den besonderen Rechtsgrundsätzen *H. J. Wolffs* ableitbar seien.⁴⁴² Für die anderen allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts seien die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze nicht die Rechtsquelle.

Die Frage, welche allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts zu den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen gehören, ist also eine Zuordnungsfrage, der hier nicht weiter nachgegangen werden soll. Unterstrichen werden muss aber, dass nach der Rechtsgrundsatztheorie für einige allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts die Herleitung aus den besonderen Rechtsgrundsätzen möglich ist. Damit wären die Rechtsgrundsätze als weitere Rechtsquelle für die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts in die Diskussion einzubeziehen.

Die aus dem Rechtsprinzip abgeleiteten Rechtsgrundsätze sollen nach der Rechtsgrundsatztheorie ranghöchste Rechtsquellen sein. *H. J. Wolff* gibt dabei an, den Rechtsquellenbegriff im Sinne *Ross'* zu verstehen, wonach Rechtsquelle den Erkenntnisgrund für etwas als geltendes Recht bedeute.⁴⁴³ Es kann danach der Grund erkannt werden, aus dem sich die Geltung von Recht ergibt.⁴⁴⁴

Für die Rechtsgrundsatztheorie steht fest, dass die Rechtsgrundsätze als ranghöchste Rechtsquellen weder im geschriebenen Recht noch im Gewohnheits- oder Richterrecht ihren Geltungsgrund haben können.⁴⁴⁵ Die Rechtsgrundsätze sollen dem positiven Recht im Rang von Verfassungsrecht angehören und in Art. 20 Abs. 3 GG in der Formulierung "Gesetz und Recht" erfasst sein.⁴⁴⁶

H. J. Wolff leitet aus den Rechtsgrundsätzen Rechtssätze ab, die zur Entscheidung des Einzelfalls dienen. Die Ableitung ist nötig, weil die Rechtsgrundsätze nicht präzise genug sind, um sie auf einen Sachverhalt direkt anzuwenden.⁴⁴⁷ Das Ableitungsverfahren lässt sich beschreiben als die Konkretisierung der Rechtsgrundsätze für den Einzelfall, also ihre rechtssatzmäßige Konkretisierung⁴⁴⁸. *H. J. Wolff* beschreibt den Vorgang mit der Gleichung: Rechtsgrundsatz + besonders typischer Sachverhalt = Rechtssatz.⁴⁴⁹ Der Rechtsanwender spreche mit dem Rechtssatz nur aus, was in dem Rechtsgrundsatz potenziell enthalten ist und erst durch die besondere Situation aktuell wurde.⁴⁵⁰ Auch der Gesetzgeber könne nicht anders handeln, ohne den Rechtsgrundsatz zu verletzen.⁴⁵¹

Nicht nur der Richter, sondern auch der Gesetzgeber und die Gewohnheit können Rechtssätze schaffen, die aus den Rechtsgrundsätzen abgeleitet sind. *H. J. Wolffs* weitere Ausführungen beziehen sich aber nicht auf den Gesetzgeber oder die Gewohnheit. Er macht vielmehr den Richter oder Verwaltungsbeamten zum Anknüpfungspunkt seiner Betrachtungen. *H. J. Wolff* betont, dass die von den Rechtsanwendern ausgehend von den Rechtsgrundsätzen gefundenen Rechtssätze nicht allgemeingültig seien: "Da die 'Situation' keine konstante, sondern eine variable Größe ist, kommt dem Rechtssatz keine Allgemeingültigkeit zu; die Konkretisierung desselben Rechtsgrundsatzes kann vielmehr zu verschiedenen Zeiten zu verschiedenen, vielleicht sogar einander widersprechenden Rechtssätzen führen."⁴⁵²

⁴⁴² So Hardt, Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (689f.).

⁴⁴³ Ross, Rechtsquellen, S. 291f.; *H. J. Wolff*, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (34).

⁴⁴⁴ Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 102; ebenso Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 78f..

⁴⁴⁵ Ausführlich hierzu Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 98ff..

⁴⁴⁶ Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 II 1 Rn. 2 m. w. N..

⁴⁴⁷ Wolff/Bachof/Stober, a.a.O., § 25 II 2 Rn. 6.

⁴⁴⁸ Begriff bei Rengeling, a.a.O., S. 106.

⁴⁴⁹ Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (44).

⁴⁵⁰ Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 108.

⁴⁵¹ *H. J. Wolff*, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (45f.).

⁴⁵² A.a.O., S. 44.

Die Anwendung der Rechtsgrundsatztheorie, d.h. die Ableitung konkreter Rechtssätze aus Rechtsgrundsätzen, führt für das Gebiet des Verwaltungsrechts dazu, dass aus den (allgemeinen und besonderen) Rechtsgrundsätzen die als allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts zu bezeichnenden Regeln abgeleitet werden.⁴⁵³ Hardt hat diese Ableitung an verschiedenen Grundsätzen beispielhaft nachvollzogen.⁴⁵⁴ Damit sind Rechtsgrund der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts - also deren Rechtsquelle - zumindest teilweise die Rechtsgrundsätze.⁴⁵⁵ Auch ohne Ableitung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts durch die Rechtsprechung, also ohne Konkretisierung im Einzelfall, würden die Rechtssätze bei entsprechendem Rechtsbewusstsein gelten.⁴⁵⁶ Die (allgemeinen und besonderen) Rechtsgrundsätze und die daraus ableitbaren allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts⁴⁵⁷ unterscheiden sich vom Gewohnheitsrecht u.a. dadurch, dass sie ohne längere Übung lediglich aufgrund der Rechtsüberzeugung gelten sollen.⁴⁵⁸ Folge dieses Verständnisses ist, dass die ableitbaren allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts ihre auch den Richter bindende Geltungskraft aus der höherrangigen Rechtsquelle "Rechtsgrundsatz" beziehen.⁴⁵⁹

Bis hierher diene die Rechtsgrundsatztheorie der Herleitung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts. Werden diese Grundsätze aber durch die Rechtsprechung, den Gesetzgeber oder die Gewohnheit formuliert, so können sie sich dennoch in ihrer Art unterscheiden, da sie unterschiedlich konsolidiert wurden. Die den jeweiligen allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts formulierende Rechtsprechung, Gewohnheit oder gesetzgeberische Entscheidung ist Ergebnis verschiedener Rechtsfindungsvorgänge. Nach der Rechtsgrundsatztheorie ist das Recht allerdings schon vor dem Formulierungsakt vorhanden, da die Rechtsgrundsätze die höchsten Rechtsquellen sein sollen. Die Rechtsgrundsätze werden aber auch als subsidiäre Rechtsquelle bezeichnet.⁴⁶⁰ Das bedeute, dass eine Rechtsfrage zunächst nach den übrigen Rechtsquellen zu entscheiden ist.⁴⁶¹ Erst wenn andere Rechtsquellen fehlen, sind die Rechtsgrundsätze heranzuziehen.⁴⁶² Gleichzeitig ergänzen oder berichtigen die Rechtsgrundsätze die existierenden Normen.⁴⁶³

Unter Zugrundelegung der Theorie der Rechtsgrundsätze lässt sich bezogen auf die hier gewählten Untersuchungsbeispiele folgendes sagen:

Es gibt u.a. zwei Rechtsgrundsätze, die Aufopferungs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heißen: zum einen sind staatliche Eingriffe in Rechte des Bürgers zu entschädigen (Aufopferung) und zum anderen muss staatliches Handeln von einem angemessenen Verhältnis zwischen Zweck und Mittel geprägt sein (Verhältnismäßigkeit).

Da diese beiden Rechtsgrundsätze auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts Relevanz besitzen, sind sie Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts (Verwaltungsgrundsätze). Um die Aussagen der Verwaltungsgrundsätze justiziabel zu machen, wurden aus ihnen allgemeine

⁴⁵³ Menger, Allgemeine Grundsätze, in: FS Bogs, S. 89 (94); ders., Unterscheidung, in: FS H. J. Wolff, S. 159f.; Hardt, Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (689); Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 108f. m. w. N.; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 II 2 Rn. 6.

⁴⁵⁴ A.a.O., S. 690f..

⁴⁵⁵ Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 109.

⁴⁵⁶ Rengeling, a.a.O., S. 109.

⁴⁵⁷ Hardt, Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (689f.); Menger, Allgemeine Grundsätze, in: FS Bogs, S. 89 (94).

⁴⁵⁸ Vgl. Hardt, a.a.O., S. 691f.; Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 100; Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 48; Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 23.

⁴⁵⁹ So Hardt, a.a.O., S. 692; Rengeling, a.a.O., S. 98ff..

⁴⁶⁰ Hardt, a.a.O., S. 693f..

⁴⁶¹ Rengeling, Rechtsgrundsätze, S. 110.

⁴⁶² Hardt, Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (694).

⁴⁶³ H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (47).

Grundsätze des Verwaltungsrechts in Form von Rechtssätzen abgeleitet, die Tatbestände formulieren. Die konkretisierende Ausgestaltung erfolgte durch die Rechtsprechung, so dass ein detaillierter Aufopferungstatbestand und die heute herrschende Dreiteilung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entstanden.

Es kann deshalb im Ergebnis mit der Rechtsgrundsatztheorie gesagt werden, dass zwischen dem obersten Rechtsgedanken (Rechtsgrundsatz der Aufopferung und Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit) und dessen konkreter Ausformung in Rechtssätze zu unterscheiden ist.

Für die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts wäre festzuhalten, dass sie teilweise als Ableitungen aus Rechtsgrundsätzen zunächst durch die Rechtsprechung deutlich gemacht werden.

Folgt man der Rechtsgrundsatztheorie, so haben die Rechtsgrundsätze der Aufopferung und der Verhältnismäßigkeit ihren Ursprung nicht in der Verfassung, da die Rechtsgrundsätze oberste Rechtsquellen sein sollen, die sich in den Bestimmungen der Verfassung oder der einfachen Gesetze allenfalls widerspiegeln, ohne dass dies ihren Rechtsquellencharakter beeinflusst.⁴⁶⁴

Zugleich ist zu unterstreichen, dass die Ableitung aus dem jeweiligen Rechtsgrundsatz per se verbindlich sein soll. Die Ableitung ist aus der Rechtsquelle Rechtsgrundsatz geschöpft. Durch diese Rechtsquelle werden die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts verbindliche Rechtssätze.⁴⁶⁵ Ergebnis ist somit, dass die Rechtsanwender die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts nicht schaffen, sondern die bereits verbindlichen Rechtssätze nur auffinden.

2. Kritik an der Rechtsgrundsatztheorie

Die Rechtsgrundsatztheorie sieht sich grundlegender Kritik ausgesetzt, die sich auf Bedenken verschiedener Art stützt.⁴⁶⁶

Bereits die begriffsgeschichtliche Entwicklung verweist darauf, dass die "allgemeinen Rechtsgrundsätze" eine Zwischenstation auf dem Weg zu einem modernen Verfassungsrechtsverständnis waren. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts wird dort auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen, wo es an gesetzten Normen fehlte - die Rechtsgrundsätze werden als natürliches Staatsrecht verstanden.⁴⁶⁷ Ihre Verbindlichkeit wurde deshalb als gegenüber dem gesetzten Recht subsidiär angesehen.⁴⁶⁸ Diese Einschätzung verändert sich durch das sich wandelnde Rechtsverständnis, welches nun einer positivierten Rechtsordnung zuneigt⁴⁶⁹ und die Geltung eines allgemeinen oder natürlichen Staatsrechts entweder ablehnt oder als Ziel, nach dem der Gesetzgeber zu streben hat, ansieht.⁴⁷⁰ Mit der Formulierung etwa der Staatsstrukturen und Staatsziele in Artt. 20 und 28 GG ist letzteres Verständnis heute weitgehend verfassungsrechtlich fixiert.⁴⁷¹

Die in den Rechtsordnungen aller Völker und zu allen Zeiten auffindbaren Grundsätze sind als solche des positiven Rechts anzusehen, da sie eben in den Rechtsordnungen zum

⁴⁶⁴ Hardt, Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (689); H. J. Wolff, a.a.O., S. 42.

⁴⁶⁵ So Hardt, a.a.O., S. 689: Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts haben Rechtsnormcharakter.

⁴⁶⁶ Grundlegend Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 88ff.; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 455; Stern, Allgemeines Verwaltungsrecht, JZ 1962, 265 (268).

⁴⁶⁷ Erichsen, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen, S. 123 m. w. N..

⁴⁶⁸ Erichsen, a.a.O., S. 123.

⁴⁶⁹ Luhmann stellt zutreffend fest, dass der Weg über überpositive Rechtsgrundsätze den Rückgriff auf das Vernunftrecht gegenüber dem positiven Recht bedeutet (Recht der Gesellschaft, insbes. S. 507ff.).

⁴⁷⁰ Erichsen, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen, S. 123.

⁴⁷¹ Siehe dazu unten C II.

Ausdruck kamen.⁴⁷²

Zunächst ist die Rechtsgrundsatztheorie angreifbar, weil sie davon ausgeht, den Rechtsgrundsätzen komme eine unmittelbare Funktion zu: Die Rechtsgrundsätze sollen „ohne irgendwelche weltanschauliche oder sonstige Prämissen ein Bestandteil jedweder menschlichen Vernunft“ sein, sich „unzweifelhaft als Ableitung aus dem Prinzip der Gerechtigkeit“ ergeben, „von jedem Menschen, dessen sittliches Bewusstsein nicht verbildet und der nicht durch die Wucht seiner eigenen Interessen oder Vorurteile verblendet ist“, anerkannt sein, sowie von „keinem Unbeteiligten ernsthaft bestritten werden“ können.⁴⁷³

Dieser Argumentation widerspricht zum einen die wissenschaftstheoretische Erkenntnis, dass jedes Denken unter weltanschaulichen Prämissen stattfindet.⁴⁷⁴ Hinzu kommt, dass Kriterien wie die „Unverbildetheit des Bewusstseins“ der „Ideologiekritik eine offene Angriffsfläche“⁴⁷⁵ bieten, denn sie sind durch niemanden messbar.

Die von der Rechtsgrundsatztheorie bemühten absolut unanfechtbaren Werte sind zudem eine ungewisse Behauptung⁴⁷⁶: Eine Einigung auf absolut unanfechtbare Werte dürfte unmöglich und allenfalls annähernd durch eine Verständigung auf möglichst konsensfähige Werte im Sinne eines ethischen Minimums durchsetzbar sein.⁴⁷⁷ Damit fehlt ein wirklich zweifelsfreier Ausgangspunkt für die Anwendung der Rechtsgrundsatztheorie.

Weiterhin wird der Rechtsgrundsatztheorie entgegen gehalten, ihre Annahme von Fundamentalnormen basiere darauf, dass der Normanwender nicht durch schöpferische Interessenbewertung Rechtsgrundsätze gewinne.⁴⁷⁸ *H. J. Wolff* geht nämlich davon aus, dass ein rechtsschöpferischer Rechtsanwender den Platz des Verfassungsgebers einnimmt. Damit wird die Grundlage des positiven Rechts verlassen.⁴⁷⁹ Der Ansatz bedeutet eine Abweichung vom positivistischen Rechtsbegriff.⁴⁸⁰

Ihren Ansatz hält die Rechtsgrundsatztheorie aber nicht durch, denn wer ungeschriebenes Recht „außerhalb des Gewohnheitsrechts und außerhalb von Auslegung und Lückenschließung“ ermittelt, schafft Rechtssätze.⁴⁸¹

Auch leidet die Rechtsgrundsatztheorie daran, dass sie die ungeschriebenen Rechtssätze, die aus den Rechtsgrundsätzen abgeleitet werden, immer dann für unanwendbar hält, wenn die Entscheidung zwischen mehreren Alternativen möglich ist, weil hier die Rechtsanwendung überschritten wäre.⁴⁸² Diese Einschränkung hat zur Folge, dass die Rechtsgrundsätze in einem solchen Fall gar nicht angewendet werden könnten. Dann stellt sich die Frage, wie der Konflikt gelöst werden könnte. Welches Recht soll angewendet werden? Die Rechtsgrundsatztheorie versagt gerade, wenn die Berufung auf das Fundamentale nötig ist. Damit lässt sie den Rechtsanwender im Stich.

Hinzu kommt, dass der von der Rechtsgrundsatztheorie behauptete Rechtsquellencharakter

⁴⁷² Vgl. Rehinder, Einführung, S. 173; Stahl, Bindung der Staatsgewalten, S. 74.

⁴⁷³ So H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (37f.).

⁴⁷⁴ Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 89.

⁴⁷⁵ Kunig, a.a.O., S. 89.

⁴⁷⁶ Schon ihre Unbeweisbarkeit macht die absoluten Werte für das juristische System unbrauchbar; vgl. Schreiber, Rechtsnormen, S. 141.

⁴⁷⁷ Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 89.

⁴⁷⁸ Kunig, a.a.O., S. 89.

⁴⁷⁹ So H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (34ff. u. 44f.).

⁴⁸⁰ Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 12ff..

⁴⁸¹ Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 89.

⁴⁸² So H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (46.).

der Rechtsgrundsätze unklar bleibt.⁴⁸³

Die Rechtsgrundsatztheorie sieht in den Rechtsgrundsätzen oberste Rechtsquellen. Daran knüpft sich die Folgerung, dass die Ableitungen aus den obersten Rechtsquellen, zu denen die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts (teilweise) gehören sollen, als verbindliche Rechtssätze zu behandeln sind. Die Ableitung von Rechtssätzen aus den Rechtsgrundsätzen ist mit der Konkretisierung von Generalklauseln vergleichbar⁴⁸⁴. Die Rechtsquelle Rechtsgrundsatz ist der Erkenntnisgrund für die aus ihm abzuleitenden allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts.

Da aus den Rechtsquellen das geltende Recht abzuleiten ist, gelten die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, sind sie allgemeinverbindliche Rechtssätze.⁴⁸⁵

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts beziehen ihre Geltungskraft über die Ableitung aus den Rechtsgrundsätzen; „das macht es zwar nicht undenkbar, dass insbesondere die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze auch gewohnheitsrechtlich konsolidiert sein können (so wie z. B. Rechtsgrundsätze auch im geschriebenen Recht normiert sein können), ändert jedoch nichts daran, dass ihre Rechtsquelle höherrangig ist“⁴⁸⁶.

Erklärt man die Rechtsgrundsätze zu objektivem Recht und muss zugleich zugeben, dass ihr konkreter Inhalt nicht feststeht, so kann aus ihnen nur eine mögliche Version geltenden Rechts abgeleitet werden. Sie enthalten allenfalls Hinweise drauf, welchen Inhalt das Recht, wenn es gebildet wird, haben kann. Daher bedürfe es der von der Rechtsgrundsatztheorie abgelehnten Rücksicht auf den Stand des Positivierungsprozesses⁴⁸⁷, um das geltende Recht identifizieren zu können. Diesen Schritt will die Theorie aber gerade nicht gehen.

Aus der Kenntnis anderer Rechtssätze, d.h. letztlich aus systematischen Überlegungen heraus, kann erst der zutreffende Rechtssatz entwickelt werden.

Noch eine weitere Überlegung ist zu bedenken: Die von der Rechtsgrundsatztheorie vorgenommene Ableitung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts aus den Rechtsgrundsätzen widerspricht der Entstehungsgeschichte der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts.

Es wurde bereits dargestellt⁴⁸⁸, dass die Rechtsprechung die von der Rechtswissenschaft entwickelten Grundsätze übernahm. Die Herleitung der Grundsätze erfolgte zwar systematisch nach rechtswissenschaftlicher Methode.⁴⁸⁹ Auf höherrangige Rechtsgrundsätze griff die Wissenschaft dabei aber nicht zurück, sondern ging methodenlehregemäß vor. Dies bedeutet wiederum eine richterrechtliche „Entdeckung“ der Grundsätze.

Man arbeitete zur Begründung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts mit dem Gedanken der Natur der Sache. Dem bürgerlichen Recht⁴⁹⁰ wurden Rechtsgedanken entnommen, die für allgemeinverbindlich gehalten wurden und Gerechtigkeitsvorstellungen zum Ausdruck brachten, die auch die Verwaltung binden sollten. Weiterhin wurden aus verwaltungsrechtlichen Fachgesetzen⁴⁹¹ Grundsätze verallgemeinert, denen man Bedeutung über die Grenzen des Fachgesetzes hinaus beimaß. Die angewendeten Methoden gingen also vom einfachen Gesetz oder der Verfassung aus. Der Gedanke der Allgemeingültigkeit bestimmter Regelungen aufgrund der herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen wurde nicht zur Begründung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, sondern zur Begründung der Übertragbarkeit von Regelungen aus dem bürgerlichen Recht in das

⁴⁸³ Dazu auch Stahl, Bindung der Staatsgewalten, S. 71ff..

⁴⁸⁴ H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, in: GS Jellinek, S. 33 (44.).

⁴⁸⁵ So Hardt, Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (689).

⁴⁸⁶ Hardt, a.a.O., S. 692.

⁴⁸⁷ Esser, Grundsatz und Norm, S. 86.

⁴⁸⁸ S.o. B I.

⁴⁸⁹ Hierzu und zum folgenden vgl. Mußnug, Verwaltungsrecht, in: FS Uni Heidelberg, S. 203 (206).

⁴⁹⁰ Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 26; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, § 6 Rn. 91.

⁴⁹¹ Maurer, a.a.O., § 4 Rn. 26; Ossenbühl, a.a.O., § 6 Rn. 91.

Verwaltungsrecht bemüht. Nicht die Grundsätze selber, sondern ihre Allgemeingültigkeit wurde über Gerechtigkeitserwägungen begründet.

3. Prinzipien und Grundsätze

In "Grundsatz und Norm" kommt *Esser* zu dem Ergebnis, dass neben Rechtsnormen Rechtsprinzipien verschiedener Art existieren.⁴⁹² Als letzte Unterscheidung gibt *Esser* diejenige zwischen Rechtsprinzipien im engeren Sinne und juristischen Prinzipien an. Dabei sind erstere Prinzipien des formellen und materiellen Rechts, letztere solche der Rechtshandhabung.⁴⁹³

Das Prinzip ist nach *Esser* "kein Rechtssatz, keine Rechtsnorm im technischen Sinne ... solange es keine verbindliche Weisung unmittelbarer Art für einen bestimmten Fragenbereich enthält, sondern die judizielle oder legislative Ausprägung solcher Weisungen verlangt oder voraussetzt."⁴⁹⁴ Das Prinzip soll nicht selber Weisung, sondern "Grund, Kriterium und Rechtfertigung"⁴⁹⁵ der Weisung sein.

Da Rechtsprinzipien keine Rechtssätze im technischen Sinne sind, gibt *Esser* an, dass Prinzipien keine eigene Rechtsquelle seien, sondern "als ratio legis möglicherweise positives Recht, das durch Interpretation Ausdruck erhält und damit auf eine konkrete Stufe transformiert wird"⁴⁹⁶. Für *Essers* Prinzipien (die er immer zugleich als Grundsätze bezeichnet) gilt also, dass sie keinen eigenen Rechtsnormcharakter haben, sondern als ratio legis im positiven Recht widerscheinen, durch Interpretation zum Ausdruck gebracht und damit auf eine höhere Stufe transformiert werden⁴⁹⁷ oder ausdrücklich positiviert sind.

Die juristischen Prinzipien sind als methodenbezogene Prinzipien, d.h. Auslegungsprinzipien, die bei der Rechtsanwendung zu beachten sind, "Teil des corpus eines jeden positiven Rechts, also selbst positives Recht"⁴⁹⁸. Wenn der Richter mit den Prinzipien arbeitet, liegt somit schon positives Recht vor, so dass eine richterliche Rechtsschöpfung keine völlig unabhängige Neuschöpfung ist.

Zwar wird der Begriff Rechtsgrundsätze auch heute noch oft verwendet⁴⁹⁹, es wird aber zugleich auf eine andere Theorie zurück gegriffen, die zur Unterscheidung "Prinzipientheorie"⁵⁰⁰ genannt werden soll und von *Essers* Ansatz abweicht. Sie übernimmt die *H. J. Wolffsche* Begriffsbildung teilweise⁵⁰¹ und führt ein neues Verständnis der Begrifflichkeit "Prinzip" ein. Trotz der Trennung der Begriffe arbeitet die Rechtswissenschaft bis heute nicht mit einer sauberen Begriffsunterscheidung. Dabei unterscheiden sich die Ansätze von *H. J. Wolff* und *Alexy* nicht nur in der Begriffswahl, sondern auch in ihrer Begründung und ihren Auswirkungen auf die Rechtstheorie.

Deshalb soll an dieser Stelle die Prinzipientheorie dargestellt und der Rechtsgrundsatztheorie gegenübergestellt werden.

⁴⁹² Esser benennt drei Grundformen: axiomatische, Problem- und dogmatische Prinzipien (Grundsatz und Norm, S. 47f.). Zum gesamten Komplex eingehend Reimer, Verfassungsprinzipien (insbes. S. 171ff.).

⁴⁹³ A.a.O., S. 107.

⁴⁹⁴ A.a.O., S. 50.

⁴⁹⁵ A.a.O., S. 51f..

⁴⁹⁶ A.a.O., S. 94.

⁴⁹⁷ A.a.O., S. 94.

⁴⁹⁸ A.a.O., S. 121.

⁴⁹⁹ Vgl. die Literaturdarstellung bei Jakobs, Verhältnismäßigkeit, S. 46ff., der allerdings selber die verschiedenen Ansätze und Begriffe als Konglomerat gebraucht. Vgl. auch Schilling, Rang und Geltung, S. 85ff.

⁵⁰⁰ Die Einteilung geht in der deutschen Rechtswissenschaft hauptsächlich auf Alexy zurück (Theorie der Grundrechte, insbes. S. 71ff.).

⁵⁰¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 72ff..

Die Theorie geht ursprünglich auf *Dworkin*⁵⁰² zurück, dessen Überlegungen *Alexy*⁵⁰³ für die deutsche Rechtswissenschaft fruchtbar machte und weiter entwickelte.

Dworkin unterscheidet die Rechtsprinzipien von den Rechtsregeln indem er sagt, dass Prinzipien keine rechtlichen Konsequenzen festlegen, „die automatisch eintreten, wenn die festgesetzten Bedingungen erfüllt sind“⁵⁰⁴. Prinzipien seien ein Maßstab, der zu befolgen ist, weil „seine Befolgung das Gebot der Gerechtigkeit oder Fairness oder einer anderen moralischen Dimension ist“⁵⁰⁵. Demgegenüber sind Regeln nach *Dworkin* „in der Weise des Alles-oder-Nichts anwendbar“⁵⁰⁶, d.h. eine Regel, die aus Tatbestand und Rechtsfolge besteht⁵⁰⁷, greift entweder ein, weil ihr Tatbestand erfüllt ist, oder sie greift nicht ein. Sowohl Regeln als auch Prinzipien weisen somit den Weg zu einer Entscheidung. Der von einer Regel gewiesene Weg muss bindend beschritten werden, das Prinzip gibt demgegenüber nur „einen Grund an, der ein Argument in eine bestimmte Richtung ist, der aber nicht eine bestimmte Entscheidung notwendig macht“⁵⁰⁸.

Weil ein Prinzip nach diesem Ansatz zwar zu beachten ist, aber keine bestimmte Entscheidung notwendig macht, hat *Alexy* die Rechtsprinzipien als Optimierungsgebote⁵⁰⁹ beschrieben. Sie sind Normen, die bestimmen, dass etwas (ein Ziel oder ein Wert) in einem möglichst hohen Maße realisiert wird.⁵¹⁰ Die so verstandenen Prinzipien gebieten zwar ihre Realisierung, schreiben das Maß der Realisierung aber nicht vor.⁵¹¹ Die Befolgung der Prinzipien führt deshalb in jedem Einzelfall zu einem unterschiedlichen Erfüllungsgrad, der von den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten abhängt, wobei der rechtliche Bereich von gegenläufigen Regeln und Prinzipien bestimmt ist.⁵¹² Der Begriff der Optimierungsgebote erfasst nach *Alexy* auch Erlaubnisse und Verbote.⁵¹³

Prinzipien sollen beispielsweise die Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes (so Rechtsstaats-, Demokratie- und Sozialstaatsprinzip) aber auch die Grundrechte sein, wenn man sie mit dem Bundesverfassungsgericht als wertentscheidende Grundsatznormen ansieht.⁵¹⁴

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sind z. T. keine Prinzipien im eben beschriebenen Sinne.⁵¹⁵ Teilweise handelt es sich um Regeln i.S. *Dworkin's*⁵¹⁶, denn die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts enthalten Tatbestände und Rechtsfolgen (z. B. die Regelungen über Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten).

Damit sind sie entweder erfüllt oder nicht erfüllt und ihre Rechtsfolge tritt ein oder bleibt aus. Auch wenn man oberhalb der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts noch

⁵⁰² In: Bürgerrechte ernstgenommen (insbes. S. 54ff.).

⁵⁰³ In: Theorie der Grundrechte.

⁵⁰⁴ Bürgerrechte ernstgenommen, S. 59.

⁵⁰⁵ A.a.O., S. 55.

⁵⁰⁶ A.a.O., S. 58.

⁵⁰⁷ Vgl. R. Dreier, Begriff Recht, NJW 1986, 890 (892).

⁵⁰⁸ Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, S. 60.

⁵⁰⁹ Theorie der Grundrechte, Kap. 3; erstmals: Begriff des Rechtsprinzips in: Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979, 79ff..

⁵¹⁰ Theorie der Grundrechte, S. 75f..

⁵¹¹ A.a.O., S. 76; R. Dreier, Rechtsstaat, JZ 1985, 353 (356).

⁵¹² Alexy, a.a.O., S. 76.

⁵¹³ A.a.O., S. 76 Fn. 23.

⁵¹⁴ Vgl. R. Dreier, Begriff Recht, NJW 1986, 890 (892); Degenhart, StaatsR I, § 3.

⁵¹⁵ Alexy spricht hinsichtlich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit davon, dass dieser mit seinen drei Teilgrundsätzen aus dem Prinzipiencharakter folge (Theorie der Grundrechte, S. 100). Die drei Teilgrundsätze seien Regeln (a.a.O., S. 100 Fn. 84), da sie nicht gegen etwas abgewogen würden. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist demnach kein Prinzip (a.a.O., S. 100 Fn. 84), sondern nur der Weg, auf dem die Prinzipien zum Ausgleich gebracht werden (a.a.O., S. 100f.).

⁵¹⁶ So Gröschner, Überwachungsverhältnis, S. 23 Fn. 63; Penski, Rechtsgrundsätze, JZ 1989, 105 (108).

deren Idee in Form des jeweiligen Rechtsgrundsatzes vermutet, ist dieser Rechtsgrundsatz kein Prinzip, denn er lässt keine Verwirklichung in möglichst hohem Maße zu. Er muss vielmehr beachtet werden oder bleibt unbeachtlich. Anders ist es bei Grundsätzen wie Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit oder Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne).

Hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts ist für die Prinzipientheorie festzustellen, dass mit “Grundsätze” hier nicht nur Prinzipien gemeint sind, sondern auch Regeln⁵¹⁷, die möglicherweise Ausdruck eines Prinzips sind. Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts beschreiben also Rechtsregeln⁵¹⁸ und ihre Bezeichnung als “Grundsätze” ist nur ein Ausdruck dafür, dass die Regeln als besonders bedeutend, eben grundlegend, für das Gebiet des Verwaltungsrechts angesehen werden.

Betrachtet man die Aussagen der Rechtsgrundsatz- und der Prinzipientheorie, so zeigt sich, dass zu der hier interessierenden Rechtsquellenfrage von der Prinzipientheorie nichts gesagt wird. Es ist denklogisch möglich, sich neben den Rechtsgrundsätzen die Prinzipien vorzustellen bzw. “Rechtsgrundsatz” als den Oberbegriff zu betrachten, der als Regel oder Prinzip auftreten kann. Sowohl Regeln als auch Prinzipien beanspruchen Beachtung.

Die Begriffe Prinzip und Rechtsgrundsatz stehen in den Theorien jeweils für verschiedene Fragestellungen. Die Rechtsgrundsatztheorie bemüht sich um die Begründung der Existenz der Rechtsgrundsätze und deren Einordnung in die Hierarchie der Rechtsquellen. Die Prinzipientheorie versucht, eine besondere Art der Rechtsnorm, nämlich das Optimierungsgebot, zu begründen. Sie postuliert das Vorhandensein von Rechtsprinzipien in allen entwickelten Rechtsordnungen, wodurch eine Offenheit des Rechts gegenüber der Moral erzeugt werde, die den positivistischen Rechtsbegriff sprengt.⁵¹⁹ Mit der Rechtsquellenfrage beschäftigt die Theorie sich nicht, denn die Prinzipien sind Teil der Rechtsordnung und Normen.

Trotz der gerade gezeigten unterschiedlichen Bedeutung der Begriffe Prinzip und Grundsatz werden beide Ausdrücke oft synonym gebraucht⁵²⁰, wodurch es häufig zu einer Begriffsverwirrung kommt.⁵²¹ Dies zeigt sich beispielweise bei *Jakobs*, der gar nicht versucht⁵²², die Begriffe voneinander abzugrenzen.

Wie *Sobota* festgestellt hat⁵²³, ist die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien nicht zwingend⁵²⁴, weshalb in der allgemeinen Rechtssprache eine Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien nicht üblich sei.⁵²⁵ Prinzipien seien in der Rechtssprache im allgemeinen Normen, “die im Rechtlichen ... für besonders grundlegend, allgemein und wichtig erachtet werden”⁵²⁶. Prinzipien könnten deshalb sowohl offene Zielvorstellungen als auch Normen mit feststehendem Tatbestand und feststehender Rechtsfolge sein. Dies ist die Verwendung des Begriffs Prinzip im Sinne des Grundsatzbegriffs ohne Bezugnahme auf die Rechtsquellenfrage.

⁵¹⁷ Weyreuther, Grundsätzliches, DÖV 1989, 321 (323); so ausdrücklich auch Gröschner, a.a.O., S. 23.

⁵¹⁸ Maurer, Allg. VerwR, § 4 Rn. 23.

⁵¹⁹ R. Dreier, Rechtsstaat, JZ 1985, 353 (355).

⁵²⁰ Hinweise bei Penski, Rechtsgrundsätze, JZ 1989, 105; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn 41.

⁵²¹ Diese Verwirrung führt bis hin zu unterschiedlichen Ergebnissen trotz vermeintlich gleicher Ansichten: So begründet *Jakobs* (Verhältnismäßigkeit, S. 45ff. - insbes. S. 52ff.) ausführlich u.a. anhand der Prinzipientheorie, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S. ein Prinzip, nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip sei. Demgegenüber stellt *Alexy* klar, dass er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für eine Regel und nicht für ein Prinzip hält (Theorie der Grundrechte, S. 100 Fn. 84).

⁵²² Verhältnismäßigkeit, S. 46ff..

⁵²³ Prinzip Rechtsstaat, S. 414.

⁵²⁴ *Sobota*, a.a.O., S. 414, insbes. Fn. 50.

⁵²⁵ Vgl. auch J. Vogel, Methodik, S. 67ff..

⁵²⁶ *Sobota*, Prinzip Rechtsstaat, S. 414.

Wenn der Begriff Prinzip in der allgemeinen Rechtssprache bereits mit „grundlegend“ umschrieben wird, dann ist die häufige Begriffsgleichsetzung nahezu zwingend. Dies gilt umso mehr, wenn auch Prinzipien als Normen mit Tatbestand und Rechtsfolge existieren können.

Der Begriff Prinzip soll hier als Oberbegriff für Normen, denen im Rechtssystem besonders prägende Bedeutung zukommt, verstanden werden. „Prinzip“ wird mit *Sobota*⁵²⁷ als Hervorhebung der rechtstechnischen Qualitäten einer Norm wie Uneinschränkbarkeit und Offenheit der Tatbestands- und Rechtsfolgenmerkmale verstanden.

Dies ist zulässig, sofern die Begriffe Prinzip und Grundsatz aus dem Blickwinkel der Prinzipientheorie gesehen werden, sich also die Beschreibung bestimmter Normarten dahinter verbirgt.

Wird der Begriff Grundsatz verwendet, so sollte darin eben nur die besondere Bedeutung einer Norm für einen Teil oder die gesamte Rechtsordnung unterstrichen werden⁵²⁸, die darin zum Ausdruck kommt, dass sie sich als Verallgemeinerung von Wertungen aus verschiedenen Rechtssätzen ergeben.⁵²⁹

Dagegen sollte „Grundsatz“ nicht als Erklärung der Rechtsquellenfrage, also im Verständnis der Rechtsgrundsatztheorie verwendet werden.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass mit Prinzip eine besondere Normenart beschrieben wird, wohingegen sich der Begriff „Rechtsgrundsatz“ mit der Begründung der Rechtseigenschaft einer Regelung⁵³⁰ beschäftigt.

Offen bleibt damit immer noch, was die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sind. Als Rechtsgrundsätze nach *H. J. Wolff* oder als Gewohnheitsrecht wären sie verbindliche Rechtsnormen. Als Richterrecht sind sie es nicht zwingend.

Da die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts aber als verbindlich angesehen werden, müsste ihre Verbindlichkeit der des Gesetzes im materiellen Sinne entsprechen. Gemeinhin wird die Verbindlichkeit einer Rechtsnorm in Bezug zum Begriff Rechtsquelle gesetzt: Rechtsquellen enthalten danach allgemeinverbindliches Recht.

4. Ergebnis

Die Zurückführung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts auf drei Formen, die nicht Gesetzesrecht sind, beantwortet die Ausgangsfrage noch nicht. Nur dem Gewohnheitsrecht wird unbestritten wie dem Gesetzesrecht Rechtsnormcharakter und allgemeinverbindliche Wirkung zugebilligt. Es wird als zweite Rechtsquelle neben dem Gesetz angesehen.

Die Existenz des Richterrechts ist weitgehend unbestritten.⁵³¹ Uneinigkeit herrscht jedoch darüber, wie die richterliche Regelung, die über das Gesetz hinaus geht und es fortschreibt⁵³², zu behandeln ist.⁵³³

Die Ableitung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts im Sinne der Rechtsgrundsatztheorie stößt auf grundlegende rechtstheoretische Bedenken.⁵³⁴

⁵²⁷ A.a.O., S. 415.

⁵²⁸ Rütters, Unbegrenzte Auslegung, S. 453 (ohne klare Trennung zu Prinzip).

⁵²⁹ Reimer, Verfassungsprinzipien, S. 268; Weyreuther, Grundsätzliches, DÖV 1989, 321 (326).

⁵³⁰ Reimer, a.a.O., S. 268.

⁵³¹ S.o. B V; stellvertretend Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 158f..

⁵³² Scheffelt, a.a.O., S. 159.

⁵³³ S.o. B V.

⁵³⁴ S.o. B V.

Eine in ihrer Wirkung gleichwertige Herleitung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts ist bisher nicht erkennbar.

Die beschriebenen Ansätze sind von der Methodenlehre geprägt und versuchen, der Faktizität des Richterrechts gerecht zu werden. Sie begründen es als Erscheinung, die Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung ist. Damit beschreiben sie zwar die handwerkliche Herangehensweise und die von der Methodenlehre zugelassenen Rechtsfortbildungsarten. Sie begründen jedoch nicht, wie sich aus der Methodik die Wirkungsweise des fortgebildeten Rechts ergeben soll. Der Begriff Richterrecht enthält offensichtlich zwei Fragestellungen: Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit Richter berechtigterweise Richterrecht schaffen (Methodenlehre)? Welche Wirkungen hat das von den Richtern zulässigerweise geschaffene Recht? Es geht um die Fragen nach Legitimität und Legalität des Richterrechts.⁵³⁵

⁵³⁵ Ebenso Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 41f..

C. Modernes Richterrechtsverständnis

Es wurde gezeigt¹, dass die richterliche Rechtsfortbildung sich in unterschiedlicher Weise vollzieht.

I. Einfluss und Rechtfertigung der richterlichen Rechtsfortbildung

Erst die richterliche Rechtsfortbildung gewährleistet die nötige Flexibilität der geschriebenen Rechtsordnung. Sein Einfluss und seine Rechtfertigung bedürfen einer eingehenden Betrachtung, um dem Phänomen Richterrecht in der deutschen Rechtsordnung gerecht werden zu können.

1. Einfluss der richterlichen Rechtsfortbildung

Legt der Richter eine abstrakt-generelle Regelung, also ein materielles Gesetz, aus, sind Anwendung und Auslegung der Regelung ein einheitlicher Vorgang.² Der konkrete Inhalt der abstrakt-generellen Regelung erschließt sich zunächst durch die Reflexion der vom Normsetzer verwendeten Worte (Tatbestandsmerkmale). Der gesetzesanwendende Richter muss den lebensweltlichen Bedeutungsbereich der verwendeten Worte erkennen und dann feststellen, ob der ihm vorliegende Fall unter den vorgegebenen Bedeutungsbereich passt oder nicht.³ Bei der Auslegung subsumiert der Richter also Alltagsbegriffe unter Rechtsbegriffe, indem er den ihm vorliegenden, alltagssprachlich vorgetragenen Fall mit dem vom Gesetzgeber rechtssprachlich erfassten Fall vergleicht.⁴ Der Gesetzgeber hat mit seiner Normierung den vorentschiedenen Falltypus geliefert. Damit hat er das Wesentliche des Falles in Worten festgehalten.⁵

Der Richter hat zu prüfen, ob der ihm vorliegende Fall dem vom Gesetzgeber vorgedachten ähnlich ist und die Gründe, die den Gesetzgeber zur Regelung veranlassten, auch im aktuellen Fall vorliegen. Fällt das Ähnlichkeitsurteil⁶ positiv aus, wird der Streitfall von der gesetzlichen Regelung erfasst.

Schon weil der Richter nur Ähnlichkeitsurteile fällen kann, ist der Vorgang der Rechtsanwendung kreativ. Da Ähnlichkeitsurteile vorliegen und keine absolute Identität gegeben ist, bedeutet jede gerichtliche Entscheidung eine Erweiterung des bisherigen Rechtsverständnisses und damit Rechtsfortbildung (und zwar unabhängig vom Grad der richterlichen Kreativität).

Bereits in Auslegungsfällen bildet der Richter das Recht noch sichtbarer fort. Der von ihm

¹ S.o. B V.

² Gröschner, Richterliche Rechtsfindung, JZ 1983, 944 (945f.); Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, S. 84f.; ausführlich auch Lames, Rechtsfortbildung.

³ Gröschner, a.a.O., S. 949; über die Kreativität richterlicher Rechtsfortbildung besteht Einigkeit. Die Beschreibungen des Rechtsanwendungs- und Rechtsfortbildungsvorgangs unterscheiden sich zum Teil erheblich: siehe z. B. Esser, Grundsatz und Norm; F. Müller, Richterrecht; ders., Richterrecht rechtstheoretisch, in: FS Uni Heidelberg, S. 65ff.; ders., Strukturierende Rechtslehre; Rütters, Richterrecht - rechtswidrig?; Schapp, Hauptprobleme.

⁴ Gröschner, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, § 3 I (S. 60); Schapp, Hauptprobleme, S. 64.

⁵ Schapp, a.a.O., S. 49 u. 64f., geht davon aus, dass der Tatbestand die Gründe angibt, die den Gesetzgeber zur Regelung bewogen haben. Die Gründe lassen sich nicht vom Fall selbst abstrahieren. Ebenso F. Müller, der unterstreicht, dass der Normtext noch nicht die Norm ist (in: Methodik, Müller/Christensen, Rn. 85; sowie ausführlich Strukturierende Rechtslehre, S. 147ff.).

⁶ Begriff bei Gröschner, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, § 3 I (S. 60).

nach der Wortlautbestimmung der Tatbestandsmerkmale für ähnlich oder unähnlich befundene Streitfall erweitert das Verständnis des Inhalts der gesetzlichen Regelung. Die richterliche Rechtsfindung, die Ergebnis der Auslegung ist, ist Rechtsfortbildung im System.⁷

Der Vorgang kann pointiert beschrieben werden als die (möglichst weitgehende) Ausschöpfung der vom Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsüberlegungen durch den Richter.⁸ Sie erzeugt das *law in action*⁹. Das vom Gesetzgeber geschaffene Recht wird durch den Richter in Bewegung gesetzt und durch Weiterentwicklung am Leben gehalten.¹⁰ Die Ähnlichkeitsurteile sind methodisch begründete Vorschläge zum Verständnis einzelner Begriffe des Gesetzgebers: sie erfüllen dessen Worte mit konkretem Inhalt und bilden das Recht so in einem spezifischen Sinne fort.¹¹

Werden Streitfälle nach dem richterlichen Ähnlichkeitsurteil von der gesetzlichen Regelung nicht erfasst, liegt eine Gesetzeslücke vor.

Der Richter geht vom vorliegenden Streitfall aus und seziert dessen Besonderheit gegenüber dem gesetzlich geregelten Fall heraus. Dann untersucht er, ob und warum der Gesetzgeber den vorliegenden Fall willentlich nicht geregelt hat. Im Falle eines gesetzgeberischen Versehens wendet der Richter vorhandene Regeln ausweitend an oder bildet eine eigene neue Regelung, die sich aus der Systematik der vorhandenen Regelungen ableiten lässt. Dabei handelt es sich um eine abstrakt-generelle Regel und das Ergebnis der richterlichen Rechtsschöpfung entspricht mit seiner abstrakt-generellen Gestalt strukturell derjenigen des Gesetzgebers. Sie wird in Art. 1 SchwZGB beispielhaft beschrieben: Der abstrakt-generelle Inhalt, die Verallgemeinerungsfähigkeit der richterlich aufgestellten Regel ist Indiz für ihre Gerechtigkeit.

2. Rechtfertigung der richterlichen Rechtsfortbildung

Richterliche Rechtsfortbildung ist in Rechtsprechung¹² und Literatur¹³ unbestritten.¹⁴ Die juristische Methodenlehre beschäftigt sich mit der Herangehensweise, mittels derer die Rechtsfortbildung zutreffend erfolgt. Insoweit herrscht bis auf einzelne Themenbereiche¹⁵ weitgehend Einigkeit darüber, wie und in welchen Fällen die Judikative das Recht fortbildet.

Auch hinsichtlich der Zulässigkeit des Richterrechts im allgemeinen bestehen keine grundlegenden Differenzen mehr. Das Bundesverfassungsgericht¹⁶ hat die richterliche Rechtsfortbildung früh als grundsätzlich verfassungsgemäß anerkannt. Dabei stellte das Gericht fest, dass Aufgabe und Befugnis der Richter zu schöpferischer Rechtsfindung durch

⁷ Zurecht führt Scheffelt deshalb den umfassenden Begriff des "schöpferischen Richterrechts" ein (Rechtsprechungsänderung, S. 158). Sendler, Richterrecht rechtstheoretisch, NJW 1987, 3240.

⁸ Schapp, Hauptprobleme, S. 55.

⁹ Esser, Grundsatz und Norm, S. 19.

¹⁰ Hesse, Grundzüge, Rn. 195; Sendler, Richterrecht, DVBl. 1988, 828 (831).

¹¹ H. M. vgl. nur Ossenbühl, Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (548); H. P. Schneider, Richterrecht, S. 16ff.; Sendler, a.a.O., S. 832.

¹² Vgl. nur BVerfGE 65, 182 (190ff. m. w. N.); 82, 6 (12); 87, 273 (280).

¹³ Vgl. nur Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 26ff.; Dieterich, Pflicht der Gerichte, RdA 1993, 67 (70, 72); Lames, Rechtsfortbildung, S. 3f.; Picker, Richterrecht, JZ 1984, 155 (163); Schmidt-Bleibtreu, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 97 Rn. 3; H. P. Schneider, Richterrecht, S.13; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 VI 3 Rn. 23.

¹⁴ Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 35: "Ein generelles Verbot richterlicher Rechtsfortbildung hat es nie gegeben."; Grimm, Rechtsentstehung, in: Grimm, Einführung, S. 75f.; G. Müller, Rechtsfortbildung, JuS 1980, 627 (633ff.); Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92.

¹⁵ Wie die Rechtsfortbildung *contra legem*.

¹⁶ BVerfGE 34, 269 (286ff. m. w. N.).

das Grundgesetz nie bestritten worden seien. Mit der Formulierung von der Bindung der Rechtsprechung an "Gesetz und Recht" erstrebe Art. 20 Abs. 3 GG gerade eine Überwindung des "engen Gesetzespositivismus". Sofern das Richterrecht auf einem methodisch einwandfreiem Wege gewonnen werde, sei das Ergebnis Recht i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG - nicht im Gegensatz, sondern als Ergänzung und Weiterführung des geschriebenen Gesetzes.¹⁷ Damit hat das Bundesverfassungsgericht die Legitimation des Richterrechts bestätigt.¹⁸

Scheffelt hat kürzlich noch einmal detailliert nachgewiesen¹⁹, dass es aus der Sicht des Grundgesetzes keinen Raum für Zweifel an der Zulässigkeit des Richterrechts gibt.²⁰ Verstöße gegen grundgesetzliche Bestimmungen, die der Legislative ihre Stellung als primäre Rechtssetzerin des Staates garantieren²¹, ergeben sich durch schöpferisches Richterrecht nicht.

Der Richter steht in Fällen einer Lücke in der gesetzlichen Regelung dennoch vor der Frage, ob es mit der Feststellung der Lücke sein Bewenden haben kann. Da der Richter dem Rechtsverweigerungsverbot unterliegt²², muss er auch in Lückenfällen Regelungen bilden, um die Lücken zu schließen.²³ *Scheffelt* geht davon aus, dass sich aus dem Rechtsverweigerungsverbot kein Beleg für die Rechtsfortbildungsbefugnis der Richter ergibt.²⁴

Diese Feststellung ist zutreffend. Hat man jedoch den Nachweis geführt, dass die richterliche Rechtsfortbildung vom Grundgesetz erlaubt wird, so bedarf es noch des Rechtsverweigerungsverbot, um die Rechtsfortbildungsbefugnis der Rechtsprechung zu aktivieren.²⁵ Treten Streitfälle auf, in denen die richterliche Rechtsfortbildung nötig wird, so führt das Rechtsverweigerungsverbot dazu, dass die Rechtsprechung ihre Rechtsfortbildungskompetenz auch wahrnehmen muss.²⁶ Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Gesetzgeber, der grundsätzlich nicht gezwungen ist, von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch zu machen und eine Regelung zu erlassen.²⁷

3. Ergebnis

So kann mit der überwiegenden Ansicht davon ausgegangen werden, dass Richterrecht unter dem Grundgesetz zulässig ist. Zur Legalität des Richterrechts ist damit aber noch

¹⁷ A.a.O., S. 292; Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 29.

¹⁸ Später konkretisiert das Gericht, dass Richterrecht kein Gesetzesrecht sei und keine diesem vergleichbare Bindung entfalte (E 84, 212 [227]). Vgl. dazu auch E 66, 116 (138), wo das Gericht von einer "normativen Leitung der Einzelfallentscheidung" durch richterlich entwickelte Grundsätze spricht. Siehe dazu unten C.

¹⁹ Rechtsprechungsänderung, insbesondere S. 172ff.

²⁰ Ebenso Langenbucher, Richterrecht, S. 23f.; BVerfGE 49, 304 (318).

²¹ Gesetzesvorbehalt, Wesentlichkeitstheorie, Gewaltenteilung, Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes; vgl. auch Scheffelt, Rechtsprechungsänderung.

²² BVerfGE 84, 212 (226f.); Neuner sieht das Gebot in Art. 20 III GG verfassungsrechtlich konkretisiert (Rechtsfortbildung contra legem, S. 65). Söllner, Beitrag, in: Karpen, Ersatzgesetzgeber, S. 16; Stern, StaatsR II, § 37 II e; vgl. auch Ossenbühl, in: HdbStR III, § 61 Rn. 38.

²³ Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 317: "Wenn das Recht nicht gefunden werden kann, muss es eben erfunden werden."; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 VI 3 Rn. 3.

²⁴ Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 202 ff. (insbes. 204).

²⁵ Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 306; ebenso Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 56; i. E. auch Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 544.

²⁶ BVerfGE 84, 212 (226f.); BVerwGE 24, 91; 104, 105 (109); vgl. Hofmann, Recht des Rechts, S. 27f.; Söllner, Beitrag, in: Karpen, Ersatzgesetzgeber, S. 16 sieht das Verhältnis dagegen genau umgekehrt. Ähnlich auch Langenbucher, Richterrecht, S. 24; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 VI 3 Rn. 23.

²⁷ Zur Besonderheit der richterlichen Situation sagt Luhmann pointiert: "Der Entscheidungszwang und die mit ihm einhergehende, durch ihn produzierte Freiheit, nach Gründen für eine ... Entscheidung zu suchen, wird durch Gerechtigkeitsgesichtspunkte eingeschränkt. Und diese Trias von Zwang, Freiheit und Einschränkung produziert Recht." (Recht der Gesellschaft, S. 304).

nichts gesagt.

Die Übereinstimmung hinsichtlich der Zulässigkeit von Richterrecht führt nicht dazu, dass auch eine einhellige Lösung für die Klassifizierung des Richterrechts im Verhältnis zu unbestrittenen Rechtsquellen wie dem Gesetz gefunden worden wäre. Ganz im Gegenteil wird die Frage nach der Bindungswirkung des Richterrechts noch immer kontrovers behandelt.²⁸ Wenn das Bundesverfassungsgericht es dem Recht i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG zurechnet²⁹, so hat das Gericht damit doch nicht ausgesprochen, dass Richterrecht eine dem Gesetz ebenbürtige Rechtsquelle ist.³⁰

Es erscheint angesichts der verfassungsrechtlich abgesicherten Begründung der Legitimität des Richterrechts zweifelhaft, dass dessen Bindungswirkung oder die Überwindbarkeit seiner Bindung allein ausgehend von der juristischen Methodenlehre begründbar ist. Es liegt vielmehr nahe, das Grundgesetz auch in dieser Hinsicht zu befragen.³¹

²⁸ S.o. B V.

²⁹ E 34, 269 (286ff.).

³⁰ E 84, 212 (227).

³¹ Dagegen Scheffelt, der den verfassungsrechtlichen Ansatz ablehnt (Rechtsprechungsänderung, S. 104ff.).

II. Das Problem der Rechtsquellen

Für die Beantwortung der Frage, um welches Phänomen es sich bei den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts handelt, bestehen bisher zwei Ansätze:

Zum einen kann man in den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts eine eigene Rechtskategorie erblicken.

Zum anderen können die Grundsätze als Sammelbezeichnung angesehen werden, die verschiedene rechtliche Kategorien erfassen. Sie können jeweils isoliert betrachtet und als Gesetzes-, Gewohnheits- oder Richterrecht klassifiziert werden.³² Nur dem Gesetzes- und dem Gewohnheitsrecht werden heute unbestritten die Eigenschaft als Rechtsquelle zuerkannt. Wird die Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts verneint, so heißt das, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, die Richterrecht sind, nicht dieselbe Qualität hätten wie die Grundsätze, die auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht beruhen. Dies kann angesichts der Bedeutung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts kein befriedigendes Ergebnis sein.

1. Orientierung am Normbegriff

Ganz allgemein wird mit dem Begriff Rechtsquelle eine abstrakt-generelle Regelung bezeichnet, die Außenwirkung hat.³³ Die Definition zielt auf den Normbegriff³⁴ und ist am Gesetz als Idealmodell ausgerichtet: Aus dem Gesetz fließt das den Einzelfall konkret bestimmende Recht, in Form des Urteilstenors oder des Tenors eines Verwaltungsaktes. Auf dem Gesetz basiert die Einzelfallentscheidung, aus ihm fließt das Recht für den Einzelfall.

Vorversteht man den Begriff der Rechtsquelle in o. g. Sinne und geht zugleich davon aus, dass die Rechtsprechung in ihren Aussprüchen nur Recht für den Einzelfall setzt³⁵, dann kann Richterrecht keine Rechtsquelle sein. Dies untermauernd wird angeführt, dass die im Urteil implizit enthaltene abstrakt-generelle Rechtsnorm, die dem Richterspruch zugrunde liegt, nicht einmal in Rechtskraft erwächst.³⁶ Dies trifft nur für die ausgesprochene Rechtsfolge zu.³⁷

Diese Argumentation trifft den Kern nicht, denn wenn die abstrakt-generelle Norm, auf der die Einzelfallentscheidung beruht, bereits einer Rechtsquelle entstammt, so gilt sie und muss durch den Richterspruch nicht bestätigt werden. Da die erste Aufgabe der Rechtsprechung die Einzelfallentscheidung ist, muss auch nur das Ergebnis der Rechtsanwendung, die ausgesprochene Rechtsfolge, in Rechtskraft erwachsen. Für sie ist eine Manifestierung nötig, damit Rechtsfrieden eintritt.

In Rechtskraft erwächst die Einzelfallentscheidung immer, d.h. auch dann, wenn sie vollständig aus dem Gesetz abgeleitet wird. In Rechtskraft erwächst nur der Tenor der Entscheidung. Über das der Entscheidung zugrunde liegende Recht sagt die Rechtskraft nichts aus.³⁸ Dies ist gerade die Besonderheit der Rechtsgeltung in einer Rechtsordnung:

³² S.o. B I.

³³ Vgl. Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 5 Rn. 8; Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 3f..

³⁴ Hollerbach, Norm, in: Staatslexikon IV, Sp. 67.

³⁵ So Merten, Bindung des Richters, DVBl. 1975, 675, (682).

³⁶ Bettermann, in: HdbStR III, § 73 Rn. 28; Reh binder, Rechtsqualität, JuS 1991, 542.

³⁷ Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 538; Reh binder, a.a.O., S. 542.

³⁸ So auch Kruse, Richterrecht, S. 12: "Rechtskraftwirkung und Rechtsnormgehalt des Richterrechts sind zwei grundverschiedene Dinge. Die Rechtskraft erfasst die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch. Insofern wirkt die Entscheidung nur zwischen den Parteien des Rechtsstreits und deren

Der Schöpfer der abstrakt-generellen Rechtsnormen (grdsl. der Gesetzgeber) kann nicht dafür sorgen, dass seine Normen beachtet werden. Die Beachtung wird durch die Gesetzesanwendung per Verwaltungsentscheidung oder Urteilsspruch herbeigeführt. Die Durchsetzung des Gesetzesrechts erfolgt im Einzelfall durch die Rechtsanwender. Gerade deshalb wurde in Art. 20 Abs. 3 GG die Bindung von Exekutive und Judikative an das Gesetz statuiert: nur so kann die Rechtsschöpfung des Gesetzgebers ihre Wirkung entfalten.

Die Definition des Rechtsquellenbegriffs mit der auf das Gesetz bezogenen Forderung der abstrakt-generellen Regelung mit Außenwirkung kann nach dem bisher Dargestellten nicht sofort dazu führen, das Richterrecht als Rechtsquelle abzulehnen. Die abstrakt-generelle Regelung liegt im hier definierten Richterrecht vor (Überlegungen des Richters, die der Einzelfallentscheidung voraus gehen). Für die Frage nach der Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts kann es damit nur noch auf die Außenwirkung der Regelung, d.h. die Beachtungspflicht für alle Rechtsunterworfenen und -anwender ankommen.

2. Ergebnis

Geht man vom allgemeinen Verständnis aus, dass Rechtsquelle nur die materiellen Gesetze sind, so muss für Richterrecht untersucht werden, ob es Wirkung wie das Gesetz hat. Im folgenden soll deshalb zunächst der Begriff der Rechtsquelle genauer daraufhin untersucht werden, wie er in der modernen Rechtsordnung definiert werden muss.

III. Die Rechtsquellenlehren

In den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts finden sich Darlegungen, die mit "Rechtsquellen (des allgemeinen Verwaltungsrechts)"³⁹ überschrieben sind. Auch in den Lehrbüchern zur Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie werden die Rechtsquellen behandelt.⁴⁰

Heute ist vor allem die Auseinandersetzung um das Richterrecht ein Thema der Rechtsquellenlehre. Da richterliche Rechtsfortbildung zulässig ist⁴¹, zumindest soweit es sich dabei nicht um Rechtsfindung contra legem handelt⁴², muss auch angegeben werden, wie sie wirkt. Dies geschieht über den Begriff "Rechtsquelle"⁴³. Die Frage der Rechtsquellenlehre ist, wo man nach dem geltenden, also verbindlichen Recht zu suchen hat.⁴⁴ Die Antworten auf diese Frage unterscheiden sich zum Teil erheblich voneinander. Ausgehend von diesem Befund soll nun versucht werden, eine eigene Antwort zu geben.

1. Der Begriff "Rechtsquelle"

Zunächst soll der Begriffteil "Quelle" näher beleuchtet werden.⁴⁵

Eine Erklärung bietet *Heusler* an. Er unterscheidet zwischen den unterirdisch waltenden Naturkräften, die das Wasser bewegen, und der Quelle als dem Austrittspunkt des Wassers an die Erdoberfläche: "Im Innern des Gebirges walten geheimnisvoll die Naturkräfte, welche die Quelle herstellen und speisen. (...) Jenen Naturkräften steht die Rechtsüberzeugung gleich: geradeso wirkt im einem Volke, ja in dem ganzen Menschengeschlechte der Geist des Rechts und der Gerechtigkeit, die Überzeugung dessen, was gut und böse ist, und auch die Rechtsüberzeugung muss, um fruchtbar zu werden, eine in der realen Welt wahrnehmbare Konsistenz gewinnen, also sich das Organ, die Quelle, schaffen, durch welches sie sich ausspricht und ausdrückt; solche Rechtsquellen sind Gesetzgebung, beharrliche Übung (Gewohnheit), Gerichtspraxis, wissenschaftliche Deduktion u. dgl."⁴⁶

Quellen sind die Durchbruchstellen des Wassers aus der Erde an die Erdoberfläche, womit es sichtbar und nutzbar wird. Es wird zwischen der Quelle und dem durch sie befreiten Wasser unterschieden. Die Rechtsquelle ist dasjenige Phänomen, welches das Recht ans Licht treten lässt, es existent macht. Gemeint ist der Sichtbarmachungsvorgang von Recht, die Formgebung der Rechtsüberzeugung. Vom Begriff Quelle her lässt sich somit eine Verengung auf bestimmte Erscheinungsformen der Rechtsquellen noch nicht ableiten.⁴⁷

³⁹ Stellvertretend nur Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, §§ 5 und 6.

⁴⁰ Stellvertretend nur Braun, Einführung, § 4 (S. 33ff.); Grimm, Rechtsentstehung, in: Grimm, Einführung, S. 71ff..

⁴¹ S.o. B.

⁴² S.o. B.

⁴³ Erste Definition bei Tilch, Rechtsquelle, S. 72.

⁴⁴ Vgl. nur Braun, Einführung, § 4 (S. 35).

⁴⁵ Vgl. Faller, Rechtslehre, S. 100; Liver, Begriff Rechtsquelle, S. 32; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 51.

⁴⁶ Heusler, Institutionen I, S. 14; dazu u.a. Ossenbühl, in: HdbStR III, § 31.

⁴⁷ Zumal Heusler die Gerichtspraxis (neben der Gewohnheit!) als Rechtsquelle bezeichnet.

2. Rechtsquellenbegriffe der Literatur

Mit dem Begriff Rechtsquelle wird heute allgemein gearbeitet, ohne ihn näher zu erklären. Vereinzelt gibt es aber auch Darstellungen, die den Begriff näher erläutern.

Haase/Keller sagen, dass diejenigen Formen, "aus denen das geltende Recht hervorgeht oder abgeleitet werden kann, die uns den Erkenntnisgrund liefern, wenn nach dem geltenden Recht gefragt wird"⁴⁸, die Rechtsquellen sind.

Merten unterscheidet drei Begriffe⁴⁹:

Das sind Rechtserzeugungsquellen, die die Ursachen erfassen, die eine bestimmte Rechtsordnung hervorbringen und die von Staat zu Staat und von Epoche zu Epoche unterschiedlich sind. Rechtswertungsquellen sind Quellen, an denen das geltende Recht auf seine Gerechtigkeit hin überprüft wird. Der letzte Begriff ist der der Rechtserkenntnisquellen, die als "autorisierte Fundstellen für geltendes Recht" beschrieben werden.

Liver versteht die Rechtserkenntnisquelle als denjenigen Ort, wo die Rechtssätze zu finden sind, die zum Bestand des positiven Rechts gehören.⁵⁰ Es soll mit Hilfe der Rechtserkenntnisquellen die Frage beantwortet werden, welche Rechtssätze gelten.⁵¹

Unter Rechtserzeugungsquellen versteht *Liver* die Faktoren der Rechtsbildung, d.h. diejenigen Voraussetzungen und Ursachen, die eine Rechtsordnung hervorbringen.⁵²

Weiterhin gibt es nach *Liver* die Rechtswertungsquellen, die die Beziehungen bezeichnen, in denen das positive Recht zu den absoluten Werten steht.⁵³ Schließlich führt *Liver* noch die Rechtsquellen im juristisch-technischen Sinne an, die er als Quellen der Verbindlichkeit des positiven Rechts beschreibt.⁵⁴ Dabei versteht er die Verbindlichkeit des Rechts als eine besondere Art seiner Geltung: "Juristische Geltung hat die Norm, welche die Normadressaten zur Befolgung, den Richter und die Verwaltung zur Anwendung verpflichtet."⁵⁵

Die Rechtsquelle im juristischen Sinne sei daher bestimmt "mit der Feststellung, in welcher der verschiedenen Formen die Norm ihre Verbindlichkeit erlangt hat, d.h. positives Recht geworden ist. Diese Rechtsquellen sind Positivierungsquellen."⁵⁶

Meyer-Cording, der nicht nach den Rechtsgeltungs- und Rechtswertungsquellen fragen will, unterscheidet dennoch drei Rechtsquellenarten.⁵⁷ Zunächst beschreibt er die formellen Rechtsquellen. Diese sind die Formen, in denen sich das Recht manifestiert.⁵⁸ Sie können als Positivierungsquellen bezeichnet werden. Den formellen stehen die materiellen Rechtsquellen gegenüber, die als Rechtserzeugungsquellen charakterisiert werden, d.h. als diejenigen Kräfte, die die Quellen herstellen und speisen.⁵⁹ Sodann beschreibt *Meyer-*

⁴⁸ Grundlagen, Rn. 18.

⁴⁹ Merten, System der Rechtsquellen, Jura 1981, 169ff..

⁵⁰ Umfassender Rechtsquellenbegriff der Rechtsgeschichte, in: Begriff Rechtsquellen, S. 33 (Was gibt Auskunft über das Recht, das in der Vergangenheit galt?).

⁵¹ A.a.O., S. 33.

⁵² A.a.O., S. 34.

⁵³ A.a.O., S. 35.

⁵⁴ A.a.O., S. 39.

⁵⁵ A.a.O., S. 41: "Das scheint eine Tautologie zu sein, denn die Verbindlichkeit ist ein Merkmal der Norm schlechthin. Aber wie dargestellt wurde, kann die Verbindlichkeit verschiedener Art sein." Wobei mit den verschiedenen Arten der Verbindlichkeit solche wie die moralische oder die soziologische Verbindlichkeit gemeint sind.

⁵⁶ A.a.O., S. 42.

⁵⁷ Rechtsnormen, S. 50ff..

⁵⁸ A.a.O., S. 50.

⁵⁹ A.a.O., S. 51f..

Cording die formenden Rechtsquellen. Rechtsquelle soll hier das Organ sein, das die materielle Rechtsquelle in die formelle Rechtsquelle transformiert.⁶⁰

Für *Meyer-Cording* steht fest, dass, da der rechtserzeugenden Institutionen viele sind, ein Pluralismus der Rechtsquellen herrscht, "der allein den Pluralismus der Normen und ihre Verschiedenheit erklären kann"⁶¹. Zur theoretischen Fundierung seiner formenden Rechtsquellen führt *Meyer-Cording* aus, dass die Institutionen die Befugnis zur Normgebung haben müssten. Der Begriff der Rechtsnorm selber beinhalte die Forderung nach der Normsetzungsbefugnis, d.h. die Norm ist "als Rechtsnorm nur verbindlich, wenn ihrem Schöpfer die Normgebungsbefugnis zuerkannt ist"⁶². Die Normgebungsbefugnis soll dabei der Gemeingeist bestimmen.⁶³ Dieser schaffe zwar nicht die Rechtsnormen, bestimme aber über die Normsetzungsbefugnis in der Gemeinschaft: "Anerkannt wird nicht die Norm, sondern die Kompetenz einer Institution zur Normgebung."⁶⁴

Joerges unterscheidet zwischen Rechtsentstehungs- und Rechtserkenntnisquellen.⁶⁵ Erstere beschreibt er als Tatbestände, in denen das Recht zur Entstehung gelangt, als Arten und Weisen, in denen das Recht erzeugt wird.⁶⁶ Letztere sind demgegenüber Tatbestände, in denen uns die Kenntnis des Rechts übermittelt wird, also solche Tatbestände, aus denen wir die Kenntnis des Rechts schöpfen.⁶⁷

Einen wieder anderen Ansatz schlägt *Esser* vor.⁶⁸ Für ihn sind Rechtsquellen im juristisch-technischen Sinne "Verkörperung(en) unmittelbar anwendbarer Normen, die auf beschreibenden Texten (Tatbeständen) beruhen können oder auf Regeln (rules), die judiziell aus Generalklauseln und gesetzlich verankerten Prinzipien gewonnen werden müssen - oder aber aus verbindlich gewordenen Präjudizien, aus deren ratio decidendi sie rückschließend abstrahiert werden. Dagegen gelten die Fähigkeiten, Orientierungsmaßstäbe und rechtspolitischen oder Gerechtigkeitsmotivationen, die zur Gewinnung der als positives Recht anerkannten Entscheidungsnormen führen, ihrerseits nicht als Rechtsquelle, sondern nur als Rechtserkenntnisquelle."⁶⁹ Rechtsquellen sind also Normen oder Regeln. Rechtserkenntnisquellen dagegen sind die Motive für Normen oder Regeln.⁷⁰

R. Dreier meint, unter dem Begriff "Rechtsquelle" würden derzeit mehrere Fragen gestellt: "Es sind dies mindestens die Fragen nach den Entstehungsgründen, nach den Verbindlichkeitsgründen und nach den Erkenntnisgründen des Rechts."⁷¹ Er fordert deshalb, dass Klarheit über die Art der Verbindlichkeit oder Geltung des Rechts bestehen müsse, damit erkannt werden könne, was als Recht gilt.⁷²

Dieses Problem sei nicht losgelöst von der Frage nach der Rechtsentstehung zu klären. Dies vorausschickend führt *R. Dreier* aus, dass im Vordergrund der juristischen Rechtsquellenlehre die Frage nach den Erkenntnisgründen des Rechts stünde. Er bezieht sich dabei auf *Ross*⁷³ und postuliert, dass die Aufgabe der Rechtsquellenlehre darin

⁶⁰ A.a.O., S. 54f.

⁶¹ A.a.O., S. 55f.

⁶² A.a.O., S. 57.

⁶³ A.a.O., S. 58.

⁶⁴ A.a.O., S. 58.

⁶⁵ Philosophie, in: Kant-Festschrift, S. 271ff..

⁶⁶ A.a.O., S. 271.

⁶⁷ A.a.O., S. 271.

⁶⁸ Rechtsprechung und Lehre, ZfVgl.RWiss, 1975, 67f.

⁶⁹ A.a.O., S. 67.

⁷⁰ A.a.O., S. 68.

⁷¹ Probleme der Rechtsquellenlehre, in: FS H. J. Wolff, S. 3 (4).

⁷² A.a.O., S. 4.

⁷³ A.a.O., S. 4 Fn. 3.

bestünde, "anzugeben, woraus erkannt werden kann, was in einer Rechtsgesellschaft als Recht gilt"⁷⁴. Dazu führt er aus: "Versteht man darunter die Willensbekundung einer äußeren Autorität, so wird man ... als Haupteckennisquelle des Rechts den staatlichen Gesetzesbefehl nennen. Begreift man Recht als Inbegriff der Normen, die von den Gerichten tatsächlich gehandhabt werden, so wird man als Rechtserkennnisquelle die richterliche Spruchpraxis betrachten. Hält man am Anspruch des Rechts, Gerechtigkeit und Rechtserkennnis zu intendieren, fest, so wird man als ranghöchste Rechtsquellen materiale Rechtsgrundsätze ansehen und ihnen zugleich Maßstab und (rechtsethischen) Verbindlichkeitsgrund anderweitiger Rechtsquellen sowie aus ihnen abgeleiteter Rechtsnormen entnehmen."⁷⁵

Die Zusammenstellung zeigt, dass nicht nur verschiedene Rechtsquellenbegriffe verwendet werden⁷⁶, sondern dass auch die Verwendung desselben Begriffs nicht immer mit einem übereinstimmenden Begriffsverständnis einher geht.⁷⁷

Merten charakterisiert drei verschiedene Sichtweisen des Begriffes.⁷⁸

Der beschriebenen Einteilung lässt sich auch *Livers* Darstellung zuordnen. Zusätzlich führt *Liver* jedoch die Rechtsquellen im juristisch-technischen Sinne ein, die die Verbindlichkeit des positiven Rechts als eine besondere Art seiner Geltung beschreiben. Offensichtlich geht es *Liver* dabei um einen auf der Allgemeinverbindlichkeit der Norm basierenden Rechtsquellenbegriff.

In das bisherige Schema passt die Einteilung *Meyer-Cordings* nicht. Er will nicht nach den Rechtsgeltungs- und Rechtswertungsquellen fragen. Er prägt aber dennoch den Begriff der materiellen Rechtsquelle, der auch ethische Gesichtspunkte enthält. Neu ist bei *Meyer-Cording* die Kategorie der formenden Rechtsquellen. Es handelt sich dabei um eine Spielart des rechtstheoretischen Begriffs, der seinerseits davon geprägt ist, dass Recht durch einen Akt geschaffen wird. Die formenden Rechtsquellen *Meyer-Cordings* sind abzugrenzen von den formellen Rechtsquellen im Sinne der Erkenntnisquelle als Fundstelle von Recht und der materiellen Definition bezogen auf den Rechtsbegriff: formende Rechtsquellen erzeugen formelle Rechtsquellen, denen sie bestimmte materielle Rechtsinhalte zuweisen.

Joerges trennt zwischen Rechtsentstehungs- und Rechtserkennnisquellen, wobei letztere nur Fundstellen des Rechts sind.

Esser erfasst das positive Recht mit dem Rechtsquellenbegriff und alle anderen Einflüsse, die bei der Gewinnung positivrechtlicher Normen eine Rolle spielen können, mit dem Begriff der Rechtserkennnisquelle. Damit fasst er im Begriff Rechtserkennnisquelle außerrechtliche Einflüsse zusammen. Dabei ist zu beachten, dass *Esser* den Rechtsquellenbegriff im rechtspositiven System verwendet.⁷⁹

Bei *R. Dreier* weist die Einteilung der Rechtsquellen ebenfalls eine Besonderheit auf, denn er gibt an, dass der Begriff der Rechtserkennnisquelle (in Abhängigkeit vom zugrunde liegenden Rechtsbegriff) auf dreierlei Weise bestimmt werden kann: formal, materiell oder tatsächlich.⁸⁰ Nach *R. Dreier* ist der Begriff der Rechtsquelle nicht mit festem Inhalt versehen - der Rechtsquellenbegriff wird vom Rechtsbegriff bestimmt.⁸¹

⁷⁴ A.a.O., S. 5.

⁷⁵ A.a.O., S. 29.

⁷⁶ H. Müller führt sechs Rechtsquellenbegriffe auf, Rechtsquellen, S. 10f.

⁷⁷ Vgl. Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 2.

⁷⁸ Die entspricht der überwiegenden Einteilung, vgl. auch H. Müller, Rechtsquellen, S. 11f.

⁷⁹ Allerdings führt Esser die Prinzipien ein, deren Wirkungsweise er damit erklärt, dass sie Teil des positiven Rechts sind (Grundsatz und Norm, S. 70).

⁸⁰ Probleme der Rechtsquellenlehre, in: FS H. J. Wolff, S. 3 (29).

⁸¹ A.a.O., S. 29; ebenso Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 513.

3. Die grundlegende Definition von Ross

Geht man auf *Ross* zurück, auf dessen Definition der Rechtsquelle⁸² sich zahlreiche Autoren berufen⁸³, so liegt dessen Darstellung die Einteilung in einen soziologischen, einen ethischen und einen rechtstheoretischen Rechtsquellenbegriff zugrunde.

„Ein klarer und reiner Rechtsquellenbegriff muss sich für eins der drei Probleme entscheiden. Das fundamentale Quellenproblem wird durch die dritte (die rechtstheoretische) Problemstellung ausgedrückt. (...) Nur die rechtstheoretische Problemstellung fällt unter das spezifisch rechtliche Erkenntnisssystem. Dieses Problem müssen wir als Kern in dem historisch überlieferten Problemkreis heraussondern und der formalen Definition des Rechtsquellensystems zugrundelegen: Rechtsquelle bedeutet in formaler Definition den Erkenntnisgrund für etwas als Recht.“⁸⁴

Ross stellt sodann fest, dass der Erkenntnisgrund jeweils danach zu bestimmen sei, was man unter Recht versteht.⁸⁵

Mit der viel zitierten *Ross'schen* Formel von der Rechtsquelle als Erkenntnisgrund für etwas als Recht allein, lässt sich die Bestimmung der Rechtsquellen (z. B. der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts) noch nicht vornehmen. Nach *Ross'* Konzeption muss der formalen Definition des Rechtsquellenbegriffs die materielle Ausfüllung durch den Rechtsbegriff folgen. Damit sind Rechtserkenntnisquellen bei *Ross* im Sinne von Rechtsentstehungsquellen zu verstehen.

Durch diese Forderung wird der formale Begriff wieder schwer handhabbar, weil er aufgrund der verschiedenen Rechtsbegriffe jeweils unterschiedlich materiell ausgedeutet werden kann.⁸⁶ Über den Begriff Rechtsquelle allein kann die Rechtsquellenproblematik deshalb nicht gelöst werden.⁸⁷

Für *Ross* liegt „der letzte Erkenntnisgrund, die letzte Quelle für etwas als Recht in dem System, ... worunter die gegenseitige Zusammenordnung verstanden wird. Das System ist die letzte Rechtsquelle.“⁸⁸ *Ross* nimmt an, dass nur das Recht, das konkret ist, auch wirklich ist. Er entwickelt seine Theorie ausgehend vom empirisch Feststellbaren, womit er jedoch die Frage nur dahin verlagert, wie Normativität empirisch feststellbar ist.

In seiner Theorie geht *Ross* davon aus, dass innerhalb des Systems „eine Norm Erkenntnisgrund für den Rechtscharakter einer anderen“⁸⁹ sein könne, die er als abgeleitete Rechtsquelle bezeichnet. „Rechtsquelle in dieser Bedeutung ist ein Teil des Rechts selbst und kann, wie alles Recht, entweder ausdrücklich festgesetzt oder bloß voraussetzungsweise erkannt sein.“⁹⁰

Ausgehend von dieser Ordnung des Systems gibt *Ross* noch einen weiteren Rechtsquellenbegriff an, den er als unselbständigen Rechtsquellenbegriff beschreibt: „In der Regel wird der Begriff Rechtsquelle in noch mehr abgeleitetem Sinne angewendet. Wenn die übergeordnete ... Quelle als bekannt angesehen wird (z. B. das Grundgesetz), so wird es zur Erkenntnis einer Norm als Rechtsquelle ausreichen zu wissen, dass sie die in der Quelle festgesetzten Bedingungen (z. B. die Gesetzesform) realisiert. Der Inbegriff dieser Bedingungen, oder der Prozess, in dem sie realisiert werden (der Gesetzgebungsweg), wird

⁸² Rechtsquellen, S. 291.

⁸³ Vgl. R. Dreier, Probleme der Rechtsquellenlehre, in: FS H. J. Wolff, S. 3 (4 Fn. 3); Kruse, Richterrecht, S. 3; Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 5 Rn. 6.

⁸⁴ Rechtsquellen, S. 291f..

⁸⁵ A.a.O., S. 292.

⁸⁶ So auch R. Dreier, Probleme der Rechtsquellenlehre, in: FS H. J. Wolff, S. 3 (29ff.).

⁸⁷ *Ross* stellt in seiner Untersuchung fünf verschiedene Rechtsbegriffe und die ihnen nachfolgenden Rechtsquellenbegriffe dar (Rechtsquellen, S. 296ff.).

⁸⁸ A.a.O., S. 309.

⁸⁹ A.a.O., S. 312.

⁹⁰ A.a.O., S. 312.

hiernach als Quelle für die auf diesem Weg entstandenen Normen bezeichnet. Das meint man, wenn man kurz die Gesetzgebung als Rechtsquelle bezeichnet. Man meint hiermit, dass die Gesetzesform dafür garantiert, dass die in dieser Form entstandenen Normen Recht sind.⁹¹ *Ross* weist ausdrücklich darauf hin, "dass die konstituierende Form (z. B. die Gesetzesform) an sich betrachtet, nicht Erkenntnisgrund ist, sondern nur als Inhalt einer übergeordneten Norm (des Grundgesetzes)"⁹².

Den unselbständigen Rechtsquellenbegriff kann man nach *Ross* in allein diesem Sinne verwenden: inhaltliche Ausfüllung einer übergeordneten Norm in einer bestimmten, der konstituierenden Form. Dieses Verständnis hebt *Ross* ausdrücklich hervor, um davon seine Erkenntnis des abgeleiteten Rechtsquellenbegriffs abzugrenzen. Der Rechtsquellenbegriff im unselbständigen Verständnis ist für *Ross* dennoch nicht wertlos, denn er bezeichne "eine Normengruppe, d.h. den Inbegriff von Normen mit gleichen Konstitutionsbedingungen"⁹³. Allerdings verschleierte dieser Rechtsquellenbegriff "das eigentliche Rechtsquellenproblem"⁹⁴. Der unselbständige Rechtsquellenbegriff ist somit keiner, der die Rechtsentstehung und -geltung erklärt, sondern einer, der als formaler Begriff auf die Fundstellen des Rechts verweist.

Ross beleuchtet demnach den Begriff der Rechtsquelle einmal als originären Begriff im Sinne der Quelle der Erkenntnis einer Erscheinung als Recht, deren Bestimmung vom zugrunde liegenden Rechtsbegriff abhängt.⁹⁵ Zum anderen wird der Begriff für die abgeleiteten und für die unselbständigen Rechtsquellen gebraucht.

4. Ergebnis

Da die Rechtsquellenfrage auf ganz unterschiedlichen Ebenen aufgeworfen und bis heute mit den verschiedensten Rechtsquellenbegriffen gearbeitet wird, schließt *Luhmann* seine problemgeschichtliche Analyse des Rechtsquellenbegriffs mit der Feststellung, "dass Begriff und Dogmatik der 'Rechtsquellen' eine Antwort ... auf ein nicht ausreichend artikuliertes Problem"⁹⁶ sind. Das Verständnis des Begriffs Rechtsquelle ist von entscheidender Bedeutung für die weitere Betrachtung. Die Zusammenstellung hat gezeigt, dass Rechtsquelle stärker als Entstehungs- oder als Erkenntnisquelle des Rechts verstanden werden kann.⁹⁷ Als Entstehungsquelle des Rechts erhebt die Rechtsquelle den Anspruch, die Geltung des Rechts zu bewirken, während die Erkenntnisquelle im Dienste des Rechts steht, das durch sie lediglich präzisiert oder allgemein zugänglich gemacht wird.⁹⁸

Die Rechtsquellenfrage wird offenbar als philosophisches und als rechtstheoretisches Problem diskutiert. Die Rechtsphilosophen fragen danach, wie Recht überhaupt entsteht, woher es kommt. Rechtstheoretisch interessiert die Frage, welches in einer bestimmten Rechtsordnung die einzelnen Rechtsarten sind, anhand derer Streitfälle entschieden werden.

Luhmann konstatiert, dass die Frage nach den Rechtsquellen Ausgangspunkt aller rechtspositivistischen Rechtstheorien sei.⁹⁹ Da das positive Recht nicht vorherbestimmt ist, muss der Rechtspositivist zum Rechtsquellenmodell greifen, um angeben zu können,

⁹¹ A.a.O., S. 313.

⁹² A.a.O., S. 313.

⁹³ A.a.O., S. 313.

⁹⁴ A.a.O., S. 313.

⁹⁵ Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 513.

⁹⁶ Rechtsquellenlehre, in: FS König, S. 387 (390); ebenso Göldner, Verfassungsprinzip, S. 26.

⁹⁷ Darauf weist auch Bertelmann, Ratio decidendi, S. 29, hin.

⁹⁸ Braun, Einführung, § 4 (S. 35).

⁹⁹ Recht der Gesellschaft, S. 100.

wieso positives Recht überhaupt möglich und wie es für den Rechtsunterworfenen erkennbar ist.¹⁰⁰ Hier spiegeln sich die zwei verschiedenen Rechtsquellenbegriffe wieder: der philosophische, der die Herkunft des positiven Rechts zu erklären versucht, und der theoretische, der die Zugehörigkeit einzelner Erscheinungen zum positiven Recht erklärt.

Der Einschätzung *Luhmanns* ist zuzustimmen.¹⁰¹ Die vielfältigen Definitionen, die heute gegeben werden, zeigen die Unklarheit, die um den Begriff der Rechtsquelle immer noch herrscht.¹⁰² Eine grobe Unterteilung zeichnet sich bei den Definitionen jedoch ab: Es gibt Definitionen, die auf die rechtsphilosophische Frage abzielen, woher das Recht überhaupt kommt, wie es entsteht. Der andere Teil der Definitionen betont dagegen, wie in einer bestehenden Rechtsordnung das geltende Recht erkannt wird, das durch die Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender zu beachten ist.¹⁰³

Die Rechtsquellendefinition fragt nach verbindlichem Recht. Darüber, was zum verbindlichen Recht gehört, sagt sie aber nichts aus. Die Verbindlichkeit einzelner Rechtserscheinungen könnte deshalb ausgehend von anderen Vorgaben zu finden sein. Der Rückgriff auf die Methodenlehre allein kann hier nicht weiterhelfen, da diese nur innerhalb eines bestehenden Rechtssystems angewendet wird, nicht aber die Grundlagen des Systems definieren kann.

Der Beantwortung dieser Fragen soll im weiteren Verlauf der Arbeit nachgegangen werden.

¹⁰⁰ Luhmann spricht davon, dass die Theorie der Rechtsquellen die Unterscheidung zwischen geltendem und nicht geltendem Recht erlaubt (a.a.O., S. 534).

¹⁰¹ Ebenso Joerges, Philosophie, in: Kant-Festschrift, S. 271.

¹⁰² S.o. C I.

¹⁰³ Vgl. Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 5 Rn. 3ff.; ders., in: HdbStR III, § 61 Rn. 1f..

IV. Bestimmung des Rechtsbegriffs

Bevor der Begriff Rechtsquelle definiert werden kann, muss zunächst der Rechtsbegriff festgelegt werden.¹⁰⁴ Die Festlegung bedeutet zugleich die Beantwortung der Rechtsquellenfrage in rechtsphilosophischer Hinsicht.

Die Rechtsquellenproblematik ist wesentliche Folge der Auseinandersetzung um den Rechtspositivismus und das Naturrecht.¹⁰⁵

1. Naturrecht oder Rechtspositivismus?

Rechtspositivismus¹⁰⁶ ist die auf der konsequenten Trennung von Recht und Moral beruhende Theorie der Rechtsgeltung.¹⁰⁷ Nach ihr sind "alle die, aber auch nur die Normen, die gemäß der (geschriebenen oder ungeschriebenen) Verfassung einer Rechtsgemeinschaft ... zustande gekommen oder anerkannt sind und nicht gemäß dieser Verfassung wieder außer Kraft gesetzt sind"¹⁰⁸, geltendes Recht. Der Rechtspositivismus unterstellt, dass nur dasjenige Recht ist, was gesetzt, d.h. durch einen sichtbarmachenden Akt erzeugt (positiviert) wurde¹⁰⁹: Nicht die moralische Richtigkeit erzeugt geltendes Recht, sondern die Rechtssetzung. Die Geltung des Rechts setzt also einen Schaffungsvorgang und damit eine Entscheidung voraus.

Zwar muss der Rechtspositivismus einräumen, dass er die Frage danach, warum Rechtsnormen befolgt werden sollen, nicht abschließend beantworten kann.¹¹⁰ Dennoch ist der Rechtspositivismus heute die "in den westlichen Demokratien vorherrschende Rechtsgeltungstheorie" und zieht "seine Legitimation aus dem Gedanken der Toleranz und der Beschränkung der Richtermacht i.S.d. Lehre der Gewaltenteilung"¹¹¹. Im Verfassungsstaat muss das geltende Recht erkennbar sein, denn die Rechtsschöpfung und damit die Regelung des Zusammenlebens ist wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates. Um Klarheit über die Regeln des Zusammenlebens zu haben, wird das Recht meist in die besondere Form des Gesetzes gegossen.¹¹² Damit wird es einem Schöpfer zurechenbar und sein Inhalt dokumentiert.¹¹³

Rechtssetzung ist heute wesentliches Merkmal staatlicher Gewalt. Der Staat kann nicht auf die Macht der Rechtssetzung verzichten, denn nur so kann er seine Rechtsfrieden stiftende Funktion gewährleisten. Das Anerkenntnis eines überstaatlichen Rechts, dessen

¹⁰⁴ R. Dreier, Probleme der Rechtsquellenlehre, in: FS H. J. Wolff, S. 3 (29); Hofmann, Legitimität, S. 32ff..

¹⁰⁵ Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 524; zum Begriff siehe Ott, Was heißt "Rechtspositivismus", in: GS Marcic, S. 413ff..

¹⁰⁶ Als führende Rechtspositivisten des 20. Jahrhunderts seien Hans Kelsen (Reine Rechtslehre) und H.L.A. Hart (The Concept of law) genannt. Zu den verschiedenen Spielarten des Rechtspositivismus vgl. Ott, Rechtspositivismus, §§ 3ff..

¹⁰⁷ R. Dreier, Begriff Recht, NJW 1986, 890; Hoerster, Trennungsthese, ARSP-Beiheft 37, 27ff.; Otte, Rechtspositivismus, in: Staatslexikon IV, Sp. 723.

¹⁰⁸ Otte, a.a.O., Sp. 723; ähnlich auch Schwintowski, Recht, S. 34 m. w. N..

¹⁰⁹ Die Begriffsbildung geht damit auf die Unterscheidung Aristoteles' zwischen gesetztem und Naturrecht zurück. Hierzu und zur weiteren Entwicklung des Rechtspositivismus: u.a. R. Dreier, Begriff Recht, NJW 1986, 890 (893); Kaufmann, Problemgeschichte, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 56ff.; Ott, Rechtspositivismus, S. 19f.; Otte, a.a.O., Sp. 723.

¹¹⁰ Vgl. nur Braun, Einführung, § 4 (S. 42).

¹¹¹ Otte, Rechtspositivismus, in: Staatslexikon IV, Sp. 726.

¹¹² R. Dreier, Begriff Recht, NJW 1986, 890 (893).

¹¹³ Hoerster, Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480 (2481), weist auf dieses Anliegen hin. Allgemein zur Entstehung der Rechtsnorm siehe Wesche, Gegenseitigkeit (insbes. S. 359ff.).

Inhalt nicht auf den Staat zurückgeführt werden kann, gefährdet die Konstruktion des modernen Staates.¹¹⁴

Diesem Ansatz folgen die vom Rechtspositivismus weitgehend abgelösten Naturrechtslehren. Sie postulieren, dass die Geltungsfähigkeit der Rechtssätze von deren Inhalt abhängt.¹¹⁵ Das Naturrechtsdenken behauptet die Unverfügbarkeit des Rechts. So soll verhindert werden, dass Recht durch Gesetzgebung manipuliert wird.¹¹⁶

2. Vereinigungslösung

Auch wenn bis heute Streit zwischen naturrechtlichen und rechtspositivistischen Ansichten herrscht, zu dessen Beilegung verschiedene Versuche unternommen werden¹¹⁷, so kann im Rahmen dieser Arbeit eines unterstrichen werden: Naturrecht und Positivismus stehen einander nicht unversöhnlich gegenüber.¹¹⁸ Das Naturrecht stellt sich vielmehr als ein Problem der politischen Verfassung dar. Denn wenn man unterstellt, dass es Naturrecht gibt¹¹⁹, bleibt die Frage offen, wem seine Erkenntnis und Auslegung obliegen würde.¹²⁰ Da der Inhalt des Naturrechts erkannt werden muss¹²¹, muss die Frage nach der Zuständigkeit für die Erkenntnis gestellt werden¹²². Die Erkenntnis und Formulierung ist in jedem Falle nötig, um Rechtssicherheit zu schaffen. Das Recht würde durch die Positivierung nicht entstehen, aber die Positivierung wäre ein (widerlegbarer) Existenzbeweis.¹²³

Diese Frage versuchen die Verfassungen der westlichen Demokratien zu lösen, indem sie Theorien über die Entstehung und Verwirklichung von Recht enthalten, "die in naturrechtlicher Sicht stets Befugnisse zur Rechtserkenntnis (einschließlich der Normformulierung) zuweisen"¹²⁴. Die positivierten Kompetenzordnungen wären dann an

¹¹⁴ Ausführlich Ott, Rechtspositivismus; Brunner, Gerechtigkeit, S. 110.

¹¹⁵ Vgl. nur Braun, Einführung, § 4 (S. 40ff.); Ellscheid, Naturrechtsproblem, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 179ff.; Mayer-Maly, Recht, in: Staatslexikon IV, Sp. 665.

¹¹⁶ Avenarius, Naturrecht, in: Rechtswörterbuch, S. 284; Ellscheid, a.a.O., S. 184f..

¹¹⁷ Überblicksweise sei verwiesen auf die Darstellung von Kaufmann, Problemgeschichte, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 30ff. (insbes. 107ff.).

¹¹⁸ So hält auch Braun zu recht fest: "Wie der Gesetzespositivismus unausgesprochen einen Konsens über das vorpositiv richtige Recht voraussetzt, so beruht daher auch umgekehrt die Durchschlagskraft des Naturrechtsgedankens auf der unausgesprochenen Anerkennung einer versteckten Setzung." (Einführung, § 4 [S. 43]). Koller, Verträglichkeit, in: GS Marcic, S. 337ff.; Ott, Rechtspositivismus, S. 113f.; Weimar, Grundlagen, in: GS Marcic, S. 473ff..

¹¹⁹ Dagegen Schwintowski, Recht, S. 38. Wobei auf die grundlegende Feststellung Otts (a.a.O., S. 266) hinzuweisen ist, dass die Naturrechtslehren eine Schöpfung der abendländischen Kultur sind: "Die Naturrechtler, die die Menschenrechte postulieren, haben also nicht etwas entdeckt, das schon immer da war, sondern sie haben etwas geschaffen, das es vorher noch nicht gab. Die Menschenrechte beruhen also auf einer kulturellen Schöpfung, nicht auf einer wissenschaftlichen Entdeckung. Das sogenannte Naturrecht entstammt nicht der Natur, sondern der Kultur. Es ist nicht Natur-Recht, sondern Kultur-Recht." Diese Bewertung ist nicht einfach von der Hand zu weisen: Die Erklärung der Menschenrechte zu naturgegebenen Rechten entzieht diese der Dispositionsbefugnis des Staates und begrenzt damit dessen Macht. Vgl. Herzog, Allg. Staatslehre, S. 370ff., der zurecht darauf hinweist, dass auch die Entstehung des überpositiven Rechts erklärt und seine Verbindlichkeit für die Staatsgewalt begründet werden muss.

¹²⁰ Ellscheid, Naturrechtsproblem, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 186.

¹²¹ Kaufmann, Gesetz, in: FS E. Wolf, S. 357 (363).

¹²² Ellscheid, Naturrechtsproblem, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 186; Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 85.

¹²³ Kaufmann geht davon aus, dass das Naturrecht als Recht gar nicht existiert, wenn es nicht positiviert wird (Gesetz, in: FS F. Wolf, S. 357 (363)).

¹²⁴ Ellscheid, Naturrechtsproblem, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 187.

einer unverfügbar vorgegebenen "wahren" Ordnung - dem Naturrecht - zu messen.¹²⁵

Naturrecht kann dahingehend verstanden werden, dass ihm die Forderung nach Positivierung eigen ist. Die zuständige Instanz soll die Positivierung des Rechts erbringen, um es den Rechtsunterworfenen und Rechtsanwendern klar aufzuzeigen.¹²⁶ Naturrecht und Positivismus berühren einander dann an der Stelle, an der der Positivierungsvorgang geschieht. Der Unterschied liegt allein darin, dass für den Positivismus das Recht erst hier entsteht, während für das Naturrechtsdenken nur eine Formgebung für das Recht erfolgt. Die Formulierung hat deklaratorischen Charakter.

Das Naturrechtsdenken verneint den Inhalt des positiven Rechts nicht per se. Deshalb kann mit der Rechtsquellenlehre trotz der Positivismus-Naturrechts-Diskussion gearbeitet werden, wenn man mit ihr die Geltungsfrage nicht abschließend beantworten will. Das Naturrecht verlangt nach Gestaltgebung, um im Rechtsleben handhabbar zu sein. Der Rückgriff auf Naturrecht wird entbehrlich, sobald die Positivierung erfolgte (und der naturrechtliche Anspruch auf den richtigen Inhalt beachtet wurde). Das Positivierungsmoment kann isoliert betrachtet werden, denn die Rechtsgeltung steht erst dann sicher fest, wenn die Positivierung erfolgt ist.¹²⁷

Verlagert man das Naturrechtsproblem auf diese Ebene, so zeigt sich, dass mit dem Positivismus gearbeitet werden kann - jedenfalls solange es nicht um die Überprüfung des Inhalts von Rechtsnormen geht, der materielle Aspekt der Richtigkeit also nicht hinterfragt werden soll.¹²⁸ Es muss zwischen der Erkennbarkeit und dem Anspruch nach inhaltlicher Richtigkeit von Recht unterschieden werden.

Die positivrechtliche Rechtsordnung der Bundesrepublik hat bisher zufriedenstellende Antworten auf die auftretenden Rechtsfragen geliefert.¹²⁹ Die Frage nach der Gerechtigkeit der existierenden Rechtsordnung oder einzelner ihrer Teile ist daher eine von realen Rechtsstreitigkeiten unabhängige theoretische. Deshalb kann innerhalb des vorausgesetzten Ideals einer gerechten positiven Rechtsordnung eine Theorie der Rechtsquellen entwickelt werden, die auf dem positiven Rechtsbegriff basiert: Die Rechtsquellen innerhalb einer existierenden (positiven) Rechtsordnung sind losgelöst von der philosophischen Geltungsfrage zu untersuchen.

Für den Umgang mit ungerechten Regelungen der positiven deutschen Rechtsordnung enthält die sog. Radbruchsche Formel in Art. 20 Abs. 3 GG¹³⁰ eine Antwort. Art. 20 Abs. 3 GG zeigt, dass das Grundgesetz von einer rechtspositivistischen Sicht ausgeht¹³¹, die Rechtsordnung der Bundesrepublik im Grundsatz eine positive ist.

Die Geschichte der Philosophie des Rechts ist die weitgehende Ablösung des Naturrechts durch den Rechtspositivismus, ohne dass dabei die Suche nach dem "richtigen Recht" aufgegeben worden wäre.¹³² Damit ist für die Rechtstheorie eines nicht verloren gegangen: Die grundlegenden Prinzipien, die allen Erörterungen vom Wesen des Rechts zugrunde lagen, sind immer noch Dreh- und Angelpunkt der Richtigkeitsdiskussion der Rechtstheorie.¹³³ Die Prinzipien zeigen den Charakter der juristischen Argumentation als

¹²⁵ Ellscheid, a.a.O., S. 187.

¹²⁶ Ähnlich German, Probleme, S. 334.

¹²⁷ Ebenso Ott: Ein positivistischer Rechtsbegriff ist vereinbar mit der Anerkennung absoluter Werte (Rechtspositivismus, S. 114).

¹²⁸ Zurückhaltend Ott, a.a.O., S. 264.

¹²⁹ Vgl. Herzog, Allg. Staatslehre, S. 370.

¹³⁰ BVerfGE 3, 225 (232f.); Gröschner, in: Rechtsphilosophie, G/D/H/W, § 4 VI (S. 101); Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 VI Rn. 53; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 353.

¹³¹ Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19ff. (21), macht klar, dass das Manko der positivistischen Sicht damit nicht behoben wird. Heckmann, Geltungskraft, S. 34. A. A. Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 6ff.; Zajadlo, Überwindung, Der Staat 26, 207 (218ff.), geht von der "Überwindung des Rechtspositivismus als Grundwert des Grundgesetzes" aus. Siehe auch Herzog, Allg. Staatslehre, S. 367ff..

¹³² Vgl. Hoerster, Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480 (2482); ders., Rechtsbegriff, JuS 1987, 181 (185ff.).

¹³³ Deshalb geht Kaufmann (Problemgeschichte, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 27f.) den Weg, Positivität als "Leib des wirklich daseienden Rechts" zu beschreiben. In formalontologischer Sicht sei

besonderen Fall der praktischen oder moralischen Argumentation.¹³⁴ So wird die positive Rechtsordnung zusätzlich flexibel für den Richtigkeitsanspruch des Rechts, ohne dass der rechtspositivistische Ansatz aufgegeben werden muss.

Recht und Unrecht gibt es erst im Staat, in der komplexen Gesellschaft. Nur dort macht die Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht Sinn. Im vorstaatlichen Zustand gibt es nur individuell-subjektive Gerechtigkeitsauffassungen¹³⁵, die keine Verbindlichkeit für andere haben.¹³⁶ Diese Gefahr besteht auch bei der Begründung der Rechtsgeltung über das Naturrecht, dessen Inhalt letztlich von der individuellen Interpretation des Einzelnen abhängig ist. Denn über die Frage was Recht und was Unrecht ist, gehen die Ansichten z. T. weit auseinander. Um Streitfälle zu lösen, muss deshalb zunächst etwas als richtig vorgegeben werden.¹³⁷ Von dieser Vorgabe ausgehend kann die Richtigkeit anhand des konkreten Falles diskutiert werden.

Ein Recht, dessen Inhalt nicht zunächst einmal festgelegt ist, kann der Staat nicht gewährleisten und somit seine Sicherungsfunktion nicht erfüllen. In jedem Streitfall wäre zunächst über das anzuwendende Recht und dessen Inhalt zu diskutieren.¹³⁸ Die Bestimmung des Richtigen setzt Gesetze voraus, die der Staat selber schafft. Darin besteht gerade eine wesentliche Aufgabe des Staates: Herstellung des Rechtsfriedens durch Rechtssetzung. Die Freiräume des Rechts werden erst durch die staatliche Regelung (in Form des Gesetzes) konstituiert.¹³⁹ Nur für seine eigenen Schöpfungen oder von ihm anerkanntes Recht ist der Staat verantwortlich und hat das Rechtsdurchsetzungsprivileg für die (weitgehend) eindeutigen Regelungen. Mit der Durchsetzung des Positivismus wurde die Wahrheitsfrage (i.S.d. Übereinstimmung mit der Gerechtigkeit) durch die Entscheidungsgewalt des Rechtssetzers aus dem Zentrum des Rechts verdrängt.¹⁴⁰ Dies bedeutet aber keinen Verzicht auf den Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Er wird jedoch als primäre Forderung von der Forderung nach Rechtsklarheit verdrängt, die Folge der zunehmenden Regelungsbedürftigkeit moderner Gesellschaften ist. Diese gesellschaftliche Entwicklung führt zugleich dazu, dass Recht flexibel sein muss, d.h. auf veränderte Umstände reagieren kann.¹⁴¹

Es muss zwischen dem Geltungsanspruch des Rechts und seinem Richtigkeitsanspruch unterschieden werden. Der Geltungsanspruch ist heute ausgehend von der tatsächlich wirksamen Rechtsordnung rechtspositivistisch zu bestimmen.¹⁴²

Die Kriterien der Richtigkeit des Rechts hingegen werden vom Rechtspositivismus allein nicht angegeben.¹⁴³ Die Beurteilung einer möglichen Ungerechtigkeit des Rechts ist eine inhaltliche Frage. Über sie kann mit naturrechtlichen Maßstäben entschieden werden¹⁴⁴, denn letztlich ist Naturrechtsdenken nichts anderes als das Streben nach der Erkenntnis

positives Recht das Maß der Aktualisierung und Konkretisierung des Wesens des Rechts, welches festgeschrieben werden muss, damit es feststellbar und anwendbar ist. "Real existierendes Recht muss daher notwendig positiv sein; ein überpositives Prinzip ist ... noch kein Recht."

¹³⁴ Alexy, Regeln und Prinzipien, ARSP-Beiheft Nr. 25, 13 (22); Koch, Methodenlehre, ARSP-Beiheft Nr. 37, 152ff..

¹³⁵ Rehinder, Einführung, S. 156f., unterstreicht zu recht, dass die Gerechtigkeit selbst nicht Recht ist.

¹³⁶ Gröschner in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, § 7 IV (S. 167).

¹³⁷ Braun, Einführung, § 4 (S. 39 m. w. N.).

¹³⁸ Dies geschieht natürlich auch in der positiven Rechtsordnung teilweise.

¹³⁹ H. Henkel, Rechtsphilosophie, S. 166; Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 509.

¹⁴⁰ Braun, Einführung, § 4 (S. 38: auctoritas non veritas facit legem). Sie wird aber durch den Gerechtigkeitsbezug in Art. 20 III GG grds. beibehalten (R. Dreier, Rechtsstaat, JZ 1985, 353 [357]).

¹⁴¹ R. Dreier, a.a.O., S. 357.

¹⁴² Ott, Rechtspositivismus, S. 21ff..

¹⁴³ Die Begriffe "Recht" und "Unrecht" sind keine Gegenbegriffe (Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, S. 19ff.). Der heutige Rechtspositivismus behauptet auch gar nicht, dass Recht immer richtiges Recht bedeutet, sondern gibt zu, dass Recht Unrecht sein kann (Hoerster, a.a.O., S. 19). Grundlegend auch Ott, Rechtspositivismus, S. 108ff..

¹⁴⁴ Kaufmann, Naturrecht, S. 28.

des richtigen Rechts.¹⁴⁵ So geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass der permanente Vergleich des bestehenden Rechts mit dem vorausgesetzten Ideal der Gerechtigkeit zu erfolgen hat.¹⁴⁶

Der naturrechtliche Ansatz hat heute noch Bedeutung für den Geltungsanspruch des Rechts, wenn er auch im Sinne der Radbruchschen Formel auf gravierende Fälle beschränkt wird. Zugleich beinhaltet die deutsche Rechtsordnung selbst Vorgaben für gerechtes Recht und gerechte Rechtsanwendung.

3. Richtigkeitssuche zur Verwirklichung materieller Gerechtigkeit

Da Richtigkeit nicht leicht festzustellen ist, ist das absolut Richtige auch nicht einfach formulierbar.¹⁴⁷ Niemand, keine Gruppe und keine Institution, besitzt in dieser Hinsicht die Letzterkenntnis. Eine letzte Unsicherheit bleibt bestehen, die zu einem Zweifel an der Richtigkeit des jeweiligen Rechtsinhalts führen muss. Die Richtigkeitszweifel haben Geltungszweifel zur Folge. Deshalb konnte auch das Naturrechtsdenken die Existenz und Geltung eines naturrechtlichen Satzes niemals sicher behaupten.¹⁴⁸ Demgegenüber kann sich der Rechtspositivismus der westlichen Demokratien darauf zurück ziehen, dass hier als Recht gilt, was in bestimmten Verfahren zustande gekommen und damit Ergebnis eines Willensbildungsprozesses ist.

In den modernen westlichen Demokratien ist die Entwicklung der Gesellschaften so weit fortgeschritten, dass Rechtssicherheit und -klarheit für die Rechtsunterworfenen wesentliche Bedingungen des Rechtsstaates sind. Um sie zu erfüllen, ist die Setzung von Recht wesentlich.¹⁴⁹

Die Rechtsunterworfenen bestimmen mittelbar immer noch selbst, was für sie als Recht gelten soll. Ein Irrtum über den richtigen Inhalt des Rechts ist ein gemeinsamer Irrtum, der alle trifft, aber nicht unabänderlich ist. Die Verfassung garantiert in den westlichen Demokratien, dass das positive Recht sich an den Maßstäben messen lassen muss, die Ergebnis der naturrechtlichen Suche nach den grundlegenden Prinzipien des Rechts sind, denn diese wurden in die Verfassungen aufgenommen. Das positive Recht macht somit Gerechtigkeitsvorgaben.

Der Geltungsgrund für Recht wird heute anderweitig begründet. Die Positivierung des Rechts ist als (notwendig unvollständiger) Formulierungsversuch zu beschreiben.¹⁵⁰ Alles Recht kann nur befolgt werden, wenn es formuliert wurde: im Spruch des Weisen, in der Gewohnheit, im Richterspruch und in Gestalt des Gesetzes wurde das Recht gesehen¹⁵¹ und anerkannt. Die Positivierung des Rechts stellt den Prozess einer Erkenntnisformulierung dar.¹⁵² Positivierung ist die Formulierung von Recht durch autorisierte "Münder". Die Autorität bezeugt die Geltung. Menschlicher Wille lässt das Recht entstehen.¹⁵³

Die individuelle Erkenntnis des Alten wandelte sich in die kollektive Erkenntnis von Parlamenten. Heute hat der Gesetzgeber die Stelle des "weisen Mannes" eingenommen, der mit der Formulierung von Recht in Gesetzesform Probleme löst, indem er Entscheidungen trifft. In je unterschiedlicher Intensität sind die gesetzgeberischen Entscheidungen

¹⁴⁵ Ähnlich Kaufmann, a.a.O., S. 10f..

¹⁴⁶ BVerfGE 34, 269 (286f.); Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 VI Rn. 53.

¹⁴⁷ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 178f.; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 449.

¹⁴⁸ Braun, Einführung, § 4 (S. 42).

¹⁴⁹ German, Probleme, S. 334.

¹⁵⁰ Kaufmann, Naturrecht, S. 27.

¹⁵¹ Vgl. nur Ryffel, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 428.

¹⁵² Vgl. Kaufmann, Naturrecht, S. 27: Recht muss feststellbar sein, damit es handhabbar ist. Recht als vorgedachter Ablauf des Rechtsgeschehens (vgl. Krawietz, Das positive Recht [insbes. S. 64ff.]).

¹⁵³ Faller, Rechtslehre, S. 100.

„naturrechtsbezogen“, in jedem Falle aber gelten sie bis zur Feststellung des Gegenteils.¹⁵⁴ Nach dem vorherrschenden Rechtspositivismus ist Recht das Ergebnis eines äußeren historischen Vorgangs, „sei es eine Entscheidung, sei es bloße Gewohnheit, die dieser Regel die Rechtsqualität verleiht“¹⁵⁵. Letztlich ist es der menschliche Wille, der im Positivismus die Grundlage der Rechtsgeltung ist.¹⁵⁶ Er wäre es im Übrigen auch in einer naturrechtlich geprägten Rechtsordnung, da der Wille des Menschen der Grund für die Befolgung jeder Art von Norm¹⁵⁷ ist.

Mit der philosophischen Frage nach der Rechtsquelle versucht der Rechtspositivismus das Problem zu lösen, dass er die Geltung einer ersten Norm behaupten und begründen muss.¹⁵⁸ Der noch immer prominenteste Begründungsversuch in dieser Richtung ist *Kelsens* Grundnorm.¹⁵⁹ Andere versuchen, die Verfassung über die Geltungsverbindlichkeit zur obersten Norm zu machen und so der Grundnormkonstruktion auszuweichen.¹⁶⁰ Das zeigt aber, dass mit „Rechtsquelle“ nicht die Frage nach dem Anfang des Rechts beantwortet werden kann. Die „Grundnorm“ ist eine Voraussetzung, die akzeptiert oder abgelehnt werden kann. Akzeptiert man sie, wird mit ihr die erste Rechtsquelle gesetzt. Geht man auf den Willen der Rechtsgenossen zurück, in einer Rechtsordnung leben zu wollen, deren Normen explizit geschaffen werden müssen, ist dieser Wille die Quelle des Rechts. Er hat zwar noch keinen Inhalt, doch er bildet die Grundlage der Geltung künftig zu schaffenden Rechts (und er eröffnet die Rechtssetzungskompetenz).

Für *Badura* steht fest, dass der verfassungsstaatliche Anspruch die Möglichkeiten des positiven, also staatlich gesetzten und garantierten Rechts überschreitet.¹⁶¹ Deshalb sei das Verfassungsrecht nicht rechtlich garantiert und seine Geltung nicht durch staatliche Macht gesichert.¹⁶² Dies zeigt auch der Ansatz des Art. 20 Abs. 4 GG, der das Widerstandsrecht anerkennt.¹⁶³

Allerdings sind für *Badura* die Grundentscheidungen der Verfassung zugleich die bestimmenden Elemente der konkreten Staatsform.¹⁶⁴ Ihre „normative Kraft“, die „Fähigkeit, in der Wirklichkeit geschichtlichen Lebens bestimmend und regulierend zu wirken“, soll die Basis der Geltung des Verfassungsgesetzes sein, auf der die Verfassung rechtliche Positivität gewonnen hat.¹⁶⁵ Damit ist es letztlich die geschichtliche Erfahrung, die die Akzeptanz einer Verfassung erklärt und ihr in den Augen der Staatsbürger „normative Kraft“ beilegt. Die Verfassung wird als Modell akzeptiert, ihren Regeln unterwirft man sich.

¹⁵⁴ Vgl. Schilling, Rang und Geltung, S. 4.

¹⁵⁵ Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 264.

¹⁵⁶ Faller, Rechtslehre, S. 100.

¹⁵⁷ Auch solcher der Sitte oder Moral.

¹⁵⁸ Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 203ff..

¹⁵⁹ A.a.O., S. 203: „Da der Grund der Geltung einer Norm nur wieder eine Norm sein kann, muss diese Voraussetzung eine Norm sein: keine von einer Rechtsautorität gesetzte, sondern eine vorausgesetzte Norm ...“. Vgl. auch die Erklärung der Grundnormtheorie durch H. Dreier, Rechtslehre, S. 27ff..

¹⁶⁰ Hoerster, Rechtsbegriff, JuS 1987, 181 (182ff.).

¹⁶¹ Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (36).

¹⁶² Badura, a.a.O., S. 36 m. w. N..

¹⁶³ Art. 20 IV GG ist ein positives, konstitutionelles, durch die Verfassung verbrieftes Recht, das es rechtfertigt, wenn revolutionäre oder putschistische Umtriebe durch Widerstand niedergeschlagen wurden (Gröschner, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, § 4 III 3 [S. 100]). Das Widerstandsrecht dient der Wahrung der bestehenden Ordnung, mit der die jeweilige Rechtsordnung verknüpft ist. Gemeint ist damit die in Art. 20 I bis III GG niedergelegte Ordnung, soweit sie der Garantie des Art. 79 III GG unterfällt (Schnapp, in: v. Münch/Kunig; GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 50). Gelingen der Putsch oder die Revolution, schützt das Recht der beseitigten Ordnung nicht mehr (M. Henkel, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, § 4 III 3 [S. 100]). Ein (naturrechtliches) Widerstandsrecht gehört nicht in den Rechtsstaat, sondern in den Unrechtsstaat (Gröschner, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, § 4 III 3 [S. 100]). Art. 20 IV GG liegt auf der Grenze zwischen beiden.

¹⁶⁴ So auch Faller, Rechtslehre, S. 72, der unterstreicht, dass die Verfassung eines Staates auch inhaltliche Festlegungen darüber trifft, nach welchen Zielen der Staat strebt.

¹⁶⁵ Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (37 m. w. N.).

So ist auch der Ansatz *Baduras* letztlich von der Offenheit gegenüber der Letztbegründung der Rechtsgeltung geprägt, die auf den menschlichen Willen zurückführt.

Wie *F. Kirchhof* festgestellt hat¹⁶⁶, ist es für die Definition des Rechtsbegriffs und damit die Begründung des Rechtspositivismus nicht notwendig, die letzte Geltungsbegründung zu geben.¹⁶⁷ Vielmehr reicht es aus, diejenigen Merkmale der Geltung festzustellen, die das Recht von nichtrechtlichen Regeln unterscheiden.¹⁶⁸ Diese Abgrenzungsmerkmale sind die tatsächliche Geltung der Rechtsordnung als solcher¹⁶⁹ und die normative Geltung einzelner Rechtsbefehle, welche durch einen staatlichen Zuordnungsakt begründet wird, der "den Verhaltensbefehl als zur Rechtsordnung zugehörig"¹⁷⁰ erklärt.¹⁷¹ Letztendlich hängt die Geltung des Rechts von der Beachtung¹⁷² einer Rechtsordnung durch die Rechtsunterworfenen ab. Für diese Beachtung ist es unerheblich, wie das die Rechtsordnung bildende Recht begründet wird.¹⁷³ Denn auch ein Naturrecht, das nicht beachtet und durchgesetzt wird, bildet keine geltende Rechtsordnung. Dies unterstreicht auch die Rechtsdefinition *R. Dreiers*, nach der Recht "die Gesamtheit der Normen, die zur Verfassung eines staatlich organisierten oder zwischenstaatlichen Normensystems gehören, sofern dieses im großen und ganzen sozial wirksam ist und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweist, und der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind ..." ¹⁷⁴, ist. Da die soziale Wirksamkeit des Rechts sich letztendlich durch die Beachtung des Richterspruchs, der das Verständnis der Rechtsnormen prägt¹⁷⁵, bestimmt ist, muss in der Rechtsdefinition des Einflusses der Rechtsprechung Rechnung getragen werden. Recht sind somit all diejenigen Normen, an denen die Rechtsprechung ihr Entscheidungsverhalten ausrichtet¹⁷⁶ und die staatlich gesetzt oder anerkannt sind.

Da der Rechtssetzer ein Mensch oder eine Gruppe von Menschen ist, ist die Erkenntnis des richtigen Rechts in den Menschen zurück verlagert: er ist die "Stätte des Richtigen"¹⁷⁷. Das Naturrecht ist dem Menschen zugänglich, seine Erkenntnis und Verwirklichung ist ihm aufgegeben.¹⁷⁸ Mit der Formulierung (Positivierung) nimmt das "Richtige" Gestalt an.¹⁷⁹ Dabei können die Positivierungsformen von der individuellen Erkenntnis des Rechtswissenschaftlers oder des Richters bis hin zur kollektiven Erkenntnis der Rechtssubjekte (Gewohnheitsrecht) oder des parlamentarischen Gesetzgebers reichen. Diese Breite macht es notwendig zu bestimmen, in welcher Gestalt eine Erkenntnis als andere bindendes Recht gelten soll.¹⁸⁰

¹⁶⁶ F. Kirchhof, Private Rechtssetzung, S. 42f.

¹⁶⁷ Die Frage, warum Recht gilt, muss also nicht abschließend beantwortet werden. Vgl. F. Kirchhof, a.a.O., S. 43; Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 110; ebenfalls Rüthers, Rechtstheorie, S. 40: Die Unterscheidung von Recht und Unrecht wird nicht in der Definition des Rechtsbegriffes angesiedelt.

¹⁶⁸ F. Kirchhof, Private Rechtssetzung, S. 43.

¹⁶⁹ F. Kirchhof, a.a.O., S. 45f.; Recht gilt nur, wenn sich die jeweilige Rechtsordnung als effektive Ordnung behauptet (vgl. Pauly, Synallagma, Der Staat 33, 277 [280]).

¹⁷⁰ F. Kirchhof, a.a.O., S. 46ff.

¹⁷¹ Ähnlich Rüthers, Rechtstheorie, S. 42.

¹⁷² Zippelius, Wesen des Rechts, S. 40ff.

¹⁷³ Für Luhmann ist deshalb die Quelle der Rechtsgeltung das Rechtssystem selbst (Recht der Gesellschaft, S. 165). Vgl. auch Pauly, Synallagma, Der Staat 33, 277 (280f.).

¹⁷⁴ Begriff Recht, NJW 1986, 890 (896); ähnlich Heckmann, Geltungskraft, S. 41.

¹⁷⁵ S.o. C.

¹⁷⁶ Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 513.

¹⁷⁷ Ryffel, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 315; ähnlich Henke, Recht, S. 528: Gerechtigkeit ist personaler Natur.

¹⁷⁸ Kaufmann, Naturrecht, S. 20, schränkt demgegenüber die Erkenntnis auf die Rechtsphilosophie ein.

¹⁷⁹ Zur Relativität dieser Richtigkeit vgl. Kaufmann, a.a.O., S. 19; Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 85.

¹⁸⁰ Kaufmann spricht in diesem Zusammenhang vom "Seinskleid" des Rechts, welches die Positivität ist

Diese Entscheidung wurde für Deutschland im Grundgesetz mit den Kompetenzen zur Schaffung von Recht getroffen. Mit der hervorgehobenen Stellung des Gesetzgebers und seinen Regelungen zur Gesetzgebung (Artt. 70ff. GG) zeigt das Grundgesetz ergänzend zu Art. 20 Abs. 3 GG, dass es grundsätzlich von der Setzung des Rechts ausgeht.

Im Grundgesetz wurden mit dem Rechtspositivismus die Prinzipien des naturrechtlichen Denkens übernommen.¹⁸¹ Durch die Interpretation des positiven Rechts und der Verfassung wird das Naturrecht "wiederentdeckt" und bei der Rechtsanwendung beachtet.¹⁸²

Das Naturrecht hält durch das Nadelöhr der Dogmengeschichte und Dogmenphilosophie¹⁸³ Einzug in das positive Recht, indem es mit den Mitteln der juristischen Methodenlehre herausgearbeitet wird.¹⁸⁴ Deshalb ist der Richter nach heutigem Verständnis nicht nur Subsumtionsautomat, sondern auch Rechtsgelehrter in dem Sinne, dass er mit anderen Rechtskundigen in den Dialog über den Inhalt des positiven Rechts eintritt. Hierin drückt sich seine in Art. 20 Abs. 3 GG formulierte Bindung an Gesetz und Recht aus.

Die Idee des Naturrechts mit ihrer Frage nach dem richtigen Recht ist also heute Interpretationsmaßstab des positiven Rechts, der bei allen Auslegungsmethoden beachtet werden muss.¹⁸⁵ Sie findet sich in der Werteordnung, die das Grundgesetz aufgestellt hat.

Das Grundgesetz soll die staatliche Gewalt kraft positiven Rechts an nicht-positives Recht binden.¹⁸⁶ Danach ist die Regelung des Art. 20 Abs. 3 GG dahingehend zu verstehen, dass immer und nur dann, wenn die Legalordnung versagt, der Rechtsanwender zur Lösung eines Streitfalles einen anderen Maßstab als das Gesetz benötigt.¹⁸⁷ Das heißt, dass immer dann, wenn das positive Recht nicht mehr weiter hilft oder ungerecht erscheint, auf außerrechtliche Maßstäbe zurückgegriffen werden darf.

Im positivrechtlichen Rechtsstaat musste die oberste Norm, die Verfassung, diesen Bezug zum Überpositiven selber herstellen, da nur so der Rückgriff darauf eindeutig erlaubt ist. Mit der Bezugnahme auf überpositive Grundsätze ist Art. 20 Abs. 3 GG aber nicht¹⁸⁸ der Verweis auf eine überpositive Rechtsordnung im Sinne des Naturrechtsdenkens.¹⁸⁹ Er deutet vielmehr nur auf den "möglichen Widerspruch zwischen dem positiven Gesetz und der jeweils bestehenden Auffassung von materieller Gerechtigkeit hin"¹⁹⁰. Die Verfassung erkennt damit an, dass es einen Widerspruch zwischen positivem Gesetz und Gerechtigkeit geben kann, der im Falle der Unerträglichkeit die äußere Grenze der Geltung des Rechts bezeichnet: "Das Wort 'Recht'¹⁹¹ in Art. 20 Abs. 3 GG weist darauf hin, dass die Geltung

(a.a.O., S. 27).

¹⁸¹ H. Dreier, in: H. Dreier, GG I, Art. 1 Rn. 1f.; R. Dreier, Begriff Recht, NJW 1986, 890 (893); Kaufmann, Naturrecht, S. 5; Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 45; BVerfGE 3, 225 (233).

¹⁸² Schilling, Rang und Geltung, S. 4.

¹⁸³ Begriffe bei Gröschner, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, Einführung II (S. 2).

¹⁸⁴ Kaufmann unterstreicht, dass zum Naturrecht die Positivität notwendig dazu gehört (Gesetz, in: FS E. Wolf, S. 357 [363 m. w. N.]).

¹⁸⁵ BVerfGE 34, 269 (286f.); Reh binder, Einführung, S. 167, weist darauf hin, dass das Naturrecht im positiven Recht aufgehen muss, um wirken zu können.

¹⁸⁶ So Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 491; ähnlich Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 6ff.; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 76.

¹⁸⁷ Sobota, a.a.O., S. 490. Darauf weist auch die Entstehungsgeschichte des Art. 20 III GG hin, obwohl die Entstehungsdokumente zur Formulierung "Gesetz und Recht" nur sehr wenig aussagen: Angesichts der Erfahrungen im Dritten Reich wollten die Verfassungsschöpfer zum Ausdruck bringen, dass "die positive Rechts- oder besser Gesetzesordnung immer wieder auf ihre Übereinstimmung mit den Ideen von Recht und Gerechtigkeit zu befragen" ist und ggf. Differenzen "zu beseitigen oder ... soweit irgend möglich zu reduzieren" sind (Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 Abschn. VI Rn. 53).

¹⁸⁸ So aber Neuner, Rechtsfindung, S. 7f..

¹⁸⁹ Rütters, Unbegrenzt Auslegung, S. 450.

¹⁹⁰ Rütters, a.a.O., S. 450.

¹⁹¹ Das Grundgesetz selber definiert den Rechtsbegriff nicht ausdrücklich; vgl. Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 43.

des positiven Rechts fraglich wird, wenn es sich in tiefgreifenden Widerspruch zu allgemein in der Rechtsgemeinschaft anerkannten und verwurzelten Wertüberzeugungen setzt.¹⁹² Eine solche Regelung musste das Grundgesetz enthalten, da es selbst die gerechten Inhalte des einfachen Rechts nicht ausreichend vorgibt und missbräuchliche Rechtssetzung nicht verhindern kann. Es verleiht den staatlichen Gewalten Macht, kann sie ihnen aber nicht wieder entziehen. Machtmissbrauch kann nur verhindert werden, wenn die Entscheidungen des Gesetzgebers für unwirksam erklärt werden, indem in den gravierenden Fällen wieder die Rechts- und Gerechtigkeitsüberzeugung des Volkes, das die Rechtssetzungsmacht eigentlich abgegeben hat, gelten soll oder zweite und dritte Gewalt das Recht zur Korrektur des Gesetzgebers haben. Mit der Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts und dem umfassenden richterlichen Prüfungsrecht aller deutschen Gerichte (Artt. 96, 100 GG sowie BVerfGG) sind Organ und Verfahren geschaffen worden, die Durchsetzung "richtigen Rechts" zu garantieren.¹⁹³

Das Grundgesetz steht in der Tradition des westlichen Verfassungsstaates¹⁹⁴. Mit dem ausdrücklichen Schutz der Menschenwürde, mit der Statuierung der Grundrechte¹⁹⁵ und der anderen grundlegenden Prinzipien der Ordnung der Bundesrepublik hat das Grundgesetz die Positivierung naturrechtlicher Ideen vollzogen.¹⁹⁶ Der Idee der Richtigkeit des Rechts, der Umsetzung der Gerechtigkeit in der Rechtsordnung hat das Grundgesetz Rechnung getragen, indem es in den genannten Normierungen gerechte Standards gesetzt hat.¹⁹⁷ Da sich die Gerechtigkeit in den materiellen Verfassungsnormen ausprägt und das Grundgesetz insoweit selbst "eine Kodifikation der Gerechtigkeit" ist, ergibt sich das, was gerecht ist, zunächst aus der Verfassung.¹⁹⁸ Der Rückgriff auf überpositive Ideen ist nicht notwendig und wird nur im Falle des nachgewiesenen Versagens der Rechtsordnung erlaubt.¹⁹⁹

Ausgehend von diesem Verständnis wendet sich das Grundgesetz stark den Problemen der Staatsgewalt, ihrer Organisation und ihren Grenzen zu.²⁰⁰ Entsprechend dem liberalen Verfassungsverständnis ist das Grundgesetz Instrument zur Kontrolle des Machtprozesses²⁰¹, indem es ein System von Regelungen aufstellt, durch das die Ausübung der Staatsgewalt institutionalisiert, getrennt und beschränkt wird. Dem liegt die geschichtliche Erfahrung zugrunde, dass der Verfassungsstaat die wirksamste Vorkehrung gegen staatliche Willkür und Machtmissbrauch und damit auch gegen Schaffung und Durchsetzung des ungerechten Rechts ist.²⁰²

Da die Maßstäbe, nach denen die Gerechtigkeit bestimmt wird, dem geschichtlichen Wandel unterworfen sind, hängt auch unter der Geltung einer Verfassung die Antwort auf

¹⁹² Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 451.

¹⁹³ Ohne BVerfG wäre die Radbruchsche Formel ein stumpfes Schwert; Raiser, Richterrecht, ZRP 1985, 111 (115).

¹⁹⁴ Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (22).

¹⁹⁵ Vgl. dazu Herzog, Allg. Staatslehre, S. 368f., der auch auf die Unterscheidung zwischen Menschen- und Grundrechten im GG eingeht.

¹⁹⁶ Damit wurden aus der Rechtstradition die Maßstäbe gewonnen, die die rechtlich richtige Ordnung gewährleisten sollten. Vgl. Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (22); Buchwald, Prinzipien, S. 28; R. Dreier, Begriff Recht, NJW 1986, 890 (893); Hesse in: HdbVerfR, § 1 Rn. 9; Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 16f.; Schapp, Menschenrechte, JZ 2003, 217 (222). Zurückhaltender Adomeit, Rechtspositivismus, JZ 2003, 161 (162).

¹⁹⁷ Es wurden die Grundsätze und Maßstäbe für die Rechtssetzung und -anwendung positiviert; Badura, a.a.O., S. 34; Göldner, Verfassungsprinzip, S. 23; Hesse, a.a.O., Rn. 12; P. Kirchhof, Auftrag des GG, in: FS Uni Heidelberg, S. 11 (13).

¹⁹⁸ R. Dreier, Rechtsstaat, JZ 1985, 353 (355); Heyde, in: HdbVerfR, § 33 Rn. 94; BVerfGE 1, 14 (17 LS 21a); 37, 57 (65).

¹⁹⁹ S.o. C III.

²⁰⁰ Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (22).

²⁰¹ Loewenstein, Verfassungslehre, 127.

²⁰² Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (23); Rüthers, Rechtstheorie, S. 35.

die Frage, was gerecht ist, von den Bedingungen und Möglichkeiten des menschlichen Zusammenlebens ab. Dieser Bedingtheit der Gerechtigkeitsvorstellungen²⁰³ trägt das Grundgesetz jedoch Rechnung. Es enthält einen großen Teil offener Normen²⁰⁴ und ist damit selber offen für die Berücksichtigung sich wandelnder Gerechtigkeitsvorstellungen. Durch die Berücksichtigung der Gerechtigkeitsvorstellungen kann das "Überpositive" jederzeit Einzug in die positive Rechtsordnung halten.²⁰⁵ Mit *Herzog*²⁰⁶ kann deshalb das Fazit gezogen werden, dass unter dem Grundgesetz Gesetz und Recht einander grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber stehen, weil "das Verfassungsgesetz die Idee des Rechts lückenlos gewährleistet oder eine solche Gewährleistung jedenfalls im Wege der Verfassungsinterpretation ermöglicht"²⁰⁷. Eine ausdrückliche Bezugnahme des Grundgesetzes auf das Naturrecht ist im Übrigen bei der Schaffung des Art. 1 GG diskutiert worden, unterblieb letztlich aber.²⁰⁸

4. Rechtspositivistischer Rechtsquellenbegriff

Recht ist der Inbegriff von positiven Normen, die ein Sollen ausdrücken.²⁰⁹ Dabei gibt es verschiedene Möglichkeiten, wie die Positivierung der Normen erfolgen kann.²¹⁰ Deshalb kann zunächst mit der herrschenden Rechtsquellenlehre gearbeitet werden, sofern eine Betrachtung positiver Normen erfolgt und deren Verhältnis zueinander bestimmt werden soll. Der Rechtsquellenbegriff ist rechtstatsächlich ein Begriff des Rechtspositivismus.²¹¹

Für die Rechtsquellenlehre kommt es heute nicht mehr auf den Streit um die Herkunft des Rechts an, wie ihn die Naturrechts- und Positivismuslehren ausgetragen haben. Der rechtstheoretische oder juristische Rechtsquellenbegriff spielt nur im Rechtspositivismus eine Rolle, wohingegen das Naturrecht des Begriffes der Rechtsquelle nicht bedarf.²¹² Nach den Naturrechtslehren ist alles Recht eben bereits vorgegeben, ehe die Menschen zu einer wie auch immer gearteten Feststellung dieses Rechts gelangen.²¹³ Wenn das Recht nicht aus dem menschlichen Willen folgt, aber menschlicher Erkenntnis zugänglich ist, ist Naturrecht die Rechtsquelle²¹⁴ und liegt außerhalb menschlicher Einflussmöglichkeiten. Mit der heutigen Rechtsquellenlehre bezogen auf die tatsächlich existierende Rechtsordnung wird das überpositive Recht nicht erfasst. Aus den überpositiven Ideen fließt letztlich alles Recht. Insofern wäre das Überpositive immer Grund des positiven Rechts.²¹⁵ Jedoch ist diese Art der "Ur-Rechtsquelle" nicht Teil des Rechtsquellenbegriffs der juristischen Dogmatik, da deren Rechtsquellenbegriff gerade den Positivierungsvorgang

²⁰³ Kaufmann spricht von der geschichtlichen Bedingtheit des Rechts (Naturrecht, S. 8).

²⁰⁴ Hesse, in: HdbVerfR, § 1 Rn. 23.

²⁰⁵ Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 514.

²⁰⁶ In: M/D/H/S, GG II, Art. 20 Abschn. VI Rn. 53; Schilling, Rang und Geltung, S. 4f..

²⁰⁷ P. Kirchhof, Auftrag des GG, in: FS Uni Heidelberg, S. 11 (23).

²⁰⁸ Vgl. H. Dreier, in: H. Dreier, GG I, Art. 1 Rn. 2.

²⁰⁹ Mayer-Maly, Recht, in: Staatslexikon IV, Sp. 668; Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 516: Positiv ist gesetzt und damit als Entscheidung zu beachten.

²¹⁰ Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 217ff..

²¹¹ Ebenso Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 523ff..

²¹² Luhmann, a.a.O., S. 523ff..

²¹³ Vgl. Braun, Einführung, § 4 (S. 41).

²¹⁴ Faller, Rechtslehre, S. 101.

²¹⁵ Kaufmann weist zutreffend darauf hin, dass die eigentliche Rechtsproblematik des positiven Rechts erst beim Inhalt des Rechts richtig beginnt (Naturrecht, S. 13). Ebenso Luhmann: "Das Naturrecht selbst erzeugt die Differenz von Naturrecht und positivem Recht." Das positive Gesetz ist aus dem Naturrecht abgeleitet (Recht der Gesellschaft, S. 510f.).

(In-Geltung-Setzung des Rechts)²¹⁶, nicht aber das dem Vorgang inhaltlich möglicherweise zugrundeliegende überpositive Recht, beschreibt. Mit dem juristisch-dogmatischen Rechtsquellenbegriff werden nur Kategorien des Rechts innerhalb einer Rechtsordnung erfasst.²¹⁷

Die Rechtsquellenfrage muss für die jeweils konkret existierende Rechtsordnung beantwortet werden.²¹⁸ Die Diskussion über den Geltungsgrund der Rechtsordnung ist ausgeklammert.²¹⁹ Wenn die Rechtsdefinition gegeben ist, muss der zweiten Fragestellung des Rechtsquellenthemas nachgegangen werden: Wer ist in der deutschen Rechtsordnung neben dem Gesetzgeber befugt, bindendes Recht zu setzen? Die Positivierungsbefugten lassen das Recht entstehen - mit dem Positivierungsvorgang ist die Rechtsquelle als Entstehungsquelle von Recht verbunden. Die sich anschließende Frage ist, durch wen diese Setzung geschieht.

Die Setzung muss nicht durch staatliche Gesetze erfolgen (Gesetzespositivismus), sondern kann grundsätzlich auch in Form des Rechtsprechungs- oder eines sonstigen Verhaltenspositivismus erfolgen.²²⁰ Gerade letzteres kann dann nicht von der Hand gewiesen werden, wenn man das Gewohnheitsrecht als eine Quelle des geltenden Rechts ansieht.²²¹ Da dies in der deutschen Rechtsordnung der Fall ist, muss hier zumindest eine Mischung aus Gesetzes- und Verhaltenspositivismus bejaht werden. Die Behauptung einer streng gesetzesspositiven Rechtsordnung ist für Deutschland unzutreffend.²²²

Auch wenn die Verfassungslehre davon ausgeht, dass die bloße Positivität des Rechts ungenügend ist²²³, kann doch das Funktionieren der positiven deutschen Rechtsordnung²²⁴ nicht geleugnet werden. Das Grundgesetz enthält mit seinen Regelungen über die Gesetzgebung (Art. 70ff.) das Bekenntnis zur Setzung des Rechts durch die staatliche Gewalt. Es bestimmt hinsichtlich des als staatlich angesehenen Rechts die anerkannten Rechtsarten (Gesetz, Rechtsverordnung etc.) und legt z.T. deren Entstehungsverfahren fest. Daran ändert die sog. Radbruchsche Formel und das von ihr geprägte Verständnis des Art. 20 Abs. 3 GG nichts. Sie unterstreicht vielmehr im Umkehrschluss, dass die deutsche Rechtsordnung vom gesetzten Recht bestimmt wird. Die Rechtsquellen, denen das gesetzte Recht entstammen darf, bestimmt die durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich positivrechtlich geschlossene Rechtsordnung selber, indem sie die Rechtssetzungskompetenzen verteilt.

Unter Beachtung des (vorausgesetzten) Ideals einer gerechten positiven Rechtsordnung muss eine dem real existierenden Positivismus entsprechende rechtstheoretische Rechtsquellenlehre entwickelt werden.

Der erste Rechtsquellenbegriff, so wie *Ross* ihn ursprünglich verstanden hat, zielt auf die Festlegung eines bestimmten (philosophischen) Verständnisses von Recht, das der Rechtsordnung eines Staates zugrunde gelegt wird. Der Begriff fragt also danach, was Recht überhaupt sein soll, in welcher Gestalt es auftritt. Mit dieser Frage verbindet sich die

²¹⁶ Der menschliche Wille ist damit Entstehungsquelle des Rechts; vgl. Faller, Rechtslehre, S. 100.

²¹⁷ Faller, a.a.O., S. 100, hebt hervor, dass zwischen den Rechtsquellen des Naturrechts und des positiven Rechts unterschieden wird. Dieser Hinweis hilft jedoch nicht weiter, wenn die Rechtsquellen innerhalb einer tatsächlichen Rechtsordnung bestimmt werden sollen.

²¹⁸ Walter, Gewohnheit, ÖJZ 1963, 225 (226).

²¹⁹ Kruse, Richterrecht, S. 3 Fn. 5.

²²⁰ Bertelmann, Ratio decidendi, S. 176; Braun, Einführung, S. 37; Reh binder, Einführung, S. 168.

²²¹ S. o. B IV.

²²² So weist u.a. Esser darauf hin, dass der reale Positivierungsprozess nicht isoliert von der Legislative beendet wird, sondern in genuiner Arbeitsteilung von Legislative und Judikative erfolgt (Rechtsprechung und Lehre, ZfVgl.RWiss. 1975, 67 [74]).

²²³ Z. B. Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (21).

²²⁴ Wie Kriele zurecht betont, ist die Aussage über die Gerechtigkeit einer Rechtsordnung aus der Entwicklungsgeschichte des Rechts zu gewinnen (Gesetzestreue, DRiZ 1984, 226 [232]). Die bundesrepublikanische Rechtsordnung ist aus diesem Blickwinkel betrachtet gerecht und tauglicher Gegenstand der Untersuchung.

Unterscheidung in positivrechtliche und naturrechtliche Rechtslehren: gilt das Recht als vorgegeben oder als (staatliche) Schöpfung?

Der Rechtsquellenbegriff fragt auf einer zweiten Ebene nach den Erscheinungsformen des Rechts, die in einer bestimmten Rechtsordnung existieren: Welche Rechtsarten kennt die deutsche Rechtsordnung, was gilt in ihr als Recht?²²⁵

Auf der dritten Ebene wird die Frage beantwortet, wo das geltende Recht zu finden ist (Rechtserkenntnisquelle).

Um zwischen der grundlegenden philosophischen und der dieser erst nachfolgenden rechtstatsächlichen Rechtsquellenfrage deutlich zu unterscheiden, wird folgendes Verständnis vorgeschlagen:²²⁶

„Rechtsquelle“ beschreibt im philosophischen Sinne, woher das Recht kommt (Naturrecht oder Positivismus).

„Rechtsquelle“ beantwortet im rechtsdogmatischen Verständnis die Frage nach den Tatbeständen, in denen das positive Recht einer konkreten Rechtsordnung entsteht. Dies entspricht dem Begriff der Rechtserkenntnisquellen, die alle Tatbestände erfassen, die „Verhaltensmuster vorschreiben, Ziele und Maßstäbe des Verwaltungshandelns festlegen und die rechtliche Entscheidung von Konflikten bestimmen“²²⁷.

Unter dem juristisch-dogmatischen Begriff der Rechtsquelle fragt man nach bestimmten Eigenschaften des Rechts, was einmal mehr bedeutet, dass das Vorliegen von Recht bereits vorausgesetzt ist.²²⁸

In jedem Fall enthalten die Rechtsquellen zunächst einmal das geltende Recht. Der juristische Geltungsbegriff definiert, dass diejenigen Rechtsnormen, die den Normadressaten zur Befolgung sowie Rechtsprechung und Verwaltung zur Anwendung verpflichten, im juristischen Sinne gelten.²²⁹

Der auf diesem juristischen Geltungsbegriff fußende juristisch-dogmatische Rechtsquellenbegriff²³⁰ bezeichnet daher diejenigen Formen, in denen Normen ihre Verbindlichkeit erlangt haben, zu positivem Recht geworden sind.²³¹ Er fragt nach den „Positivierungsquellen“ oder den „formellen Rechtsquellen“.²³² Rechtsquellen sind der Inbegriff von Rechtssätzen mit gleichen Konstitutionsbedingungen²³³; zwischen den Rechtsquellen wird danach unterschieden, wer das positive Recht (unter jeweils verschiedenen förmliche Voraussetzungen) gesetzt hat.²³⁴

5. Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass der Begriff Rechtsquelle ausgehend vom Rechtsbegriff des Positivismus zu bestimmen ist. Danach ist die Positivierung allen Rechts erforderlich und das in der deutschen Rechtsordnung geltende Recht ergibt sich aus den Rechtspositivierungsquellen. Um angeben zu können, ob Richterrecht eine Rechtsquelle ist, muss nun untersucht werden, welche Aussagen die deutsche Rechtsordnung zu einzelnen Rechtsquellen macht. Die deutsche Rechtsordnung kennt verschiedene

²²⁵ Siehe zur Rechtsgeltung in diesem Sinne die Ausführungen zur Rechtsverhältnislehre (s.u. C IV); ebenso Rüthers, Rechtstheorie, S. 123.

²²⁶ Joerges, Philosophie, in: Kant-Festschrift, S. 271, unterscheidet ebenso.

²²⁷ Ossebbühl, in: HdbStR III, § 61 Rn. 3.

²²⁸ Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 545.

²²⁹ H. Müller, Rechtsquellen, S. 19; zweifelnd Schreiber, Rechtsnormen, S. 65.

²³⁰ Göldner, Verfassungsprinzip, S. 27; H. Müller, Rechtsquellen, S. 17f..

²³¹ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 56; H. Müller, a.a.O., S. 20.

²³² Menger, Allgemeine Grundsätze, in: FS für Bogs, S. 89 (92); H. Müller, a.a.O., S. 20.

²³³ Ross, Rechtsquellen, S. 313.

²³⁴ H. Müller, Rechtsquellen, S. 20 m. w. N..

Rechtsquellen, da sie Rechtssetzungsmacht auf verschiedene Normgeber verteilt.²³⁵ Genannt seien hier nur Gesetz und Rechtsverordnung. Im Hinblick auf das Richterrecht muss also festgestellt werden, ob den Richtern Rechtssetzungsmacht verliehen ist.

Die h. M. geht davon aus, dass von einer Rechtsquelle nur gesprochen werden kann, wenn die Normen der Rechtsquelle im Außenrechtskreis wirksam sind.²³⁶ Das bedeutet, dass Rechtsquelle ist, was Normen (Rechtssätze) beinhaltet, die für jedermann gelten oder gelten können - es geht um objektives allgemeinverbindliches Recht.²³⁷ Dieses Verständnis ist vom Gesetz her geprägt.²³⁸

Betrachtet man die Theorien zum Richterrecht aus diesem Blickwinkel, so ist klar, dass diejenigen, die Richterrecht für aus eigener Kraft verbindlich²³⁹ oder zu Gewohnheitsrecht erstarkt²⁴⁰ halten, es als eigene Rechtsquelle ansehen. Diejenigen, die Richterrecht für unverbindlich halten²⁴¹, verneinen seine Rechtsquelleneigenschaft. Bei den abgestuften Begründungen, die Richterrecht als subsidiär verbindlich ansehen²⁴², ist dem Richterrecht die Rechtsquelleneigenschaft eröffnet, da die Subsidiarität nur eine Rangfolge der Geltung festlegt. Teilweise wird Richterrecht als Rechtsquelle angesehen, obwohl ihm keine Außenwirkung zugesprochen wird²⁴³, da in diesen Fällen der auf Außenwirkung basierende Rechtsquellenbegriff abgelehnt wird.²⁴⁴

*Erbguth*²⁴⁵ kommt zu dem Ergebnis, dass die Rechtsquellenlehre von einer terminologischen Frage beeinflusst wird - der Frage, was man unter dem Begriff der Rechtsquelle versteht: bezieht man den Begriff auf Rechtssätze als solche oder lediglich auf Außenrechtssätze.

Ohne hier bereits die Frage beantworten zu wollen, ob Rechtsquellen Außenrechtssätze enthalten müssen²⁴⁶, ist darauf hinzuweisen, dass auch eine Ansicht, die im Richterrecht reines Innenrecht erblickt, sich mit dem anschließenden Problem einer möglichen Bindungswirkung und der Änderbarkeit des Richterrechts auseinandersetzen muss. Denn wie das exekutive Innenrecht in Gestalt der Verwaltungsvorschriften zeigt, kann auch dem Innenrecht eine nach außen wirkende Bindung zukommen.²⁴⁷ Die sog. Selbstbindung der Verwaltung gilt deshalb einigen Autoren auch als Modell für eine Selbstbindung der Judikative.²⁴⁸ Bei diesem Ansatz wird aus der Befugnis der Judikative zur Rechtsfortbildung auf die Befugnis zur Innenrechtssetzung geschlossen.

Dem ist nur teilweise zuzustimmen: Die richterliche Rechtsfortbildung erfolgt gerade nicht mit dem Ziel, innerhalb der Judikative Klarheit über ein Rechtsverständnis zu schaffen, wie es bei Verwaltungsvorschriften der Exekutive der Fall ist. Vielmehr soll das objektive Recht aus einem bestimmten Anlassfall heraus weiterentwickelt werden (law in action). Der Grundsatz der Gewaltenteilung bewirkt gerade, dass die Exekutive grundsätzlich nur

²³⁵ In: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 5 Rn. 6. Hierin stimmt er mit Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 55f., überein. Ebenso P. M. Huber, AllgVerwR, S. 25f..

²³⁶ Maurer, AllgVerwR, § 2 Rn. 3.

²³⁷ Buchwald, Bindungswirkung, S. 151.

²³⁸ Bock, Rechtsnormcharakter, S. 41; Reh binder, Einführung, S. 15: Grundform des Rechtssatzes ist die abstrakt vorweggetroffene Entscheidung.

²³⁹ S. o. B V.

²⁴⁰ S. o. B V.

²⁴¹ S. o. B V.

²⁴² S. o. B V.

²⁴³ Buchwald, Bindungswirkung, S. 155.

²⁴⁴ Buchwald, a.a.O., S. 155f..

²⁴⁵ Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 (478f.).

²⁴⁶ Für einen weiten Rechtsquellenbegriff, der auch Innenrecht erfasst, Buchwald, Bindungswirkung, S. 156: "Rechtsquelle ist die Organisations- und Satzungs- oder Selbstverfassungskompetenz des jeweiligen (obersten) Bundesorgans."

²⁴⁷ Über die Selbstbindung der Verwaltung ausführlich Ziegler, Selbstbindung.

²⁴⁸ U.a. Ziegler, a.a.O.; Buchwald, Bindungswirkung, S. 156, der allerdings darauf hinweist, dass exekutives und judikatives Innenrecht verschiedene Wirkungen entfalten.

Recht vollzieht, während die Judikative es fortbildet. Innenrecht der Exekutive soll die einheitliche Gesetzesanwendung sicherstellen, bei der die Exekutive die einzige berechnigte Entscheiderin ist. Dies dient der Gleichbehandlung der Bürger. Richterrecht entsteht dagegen, wenn ein Streitfall zu entscheiden ist und die Frage nach dem abschließenden Rechtsverständnis gestellt werden muss.

(1) Richterrecht als Recht

Betrachtet man die Gesetzgebung, so ist unschwer festzustellen, dass bis zur Schaffung des Gesetzes eine klar formulierte Regelung gefehlt hat. Dies gilt auch für die richterliche Rechtsfortbildung.

Röhl geht davon aus, dass dann, wenn eine Lücke im positiven Recht besteht oder eine zweifelhafte Rechtsfrage zu klären ist, die Gerichte neues Recht schaffen.²⁴⁹ In diesem Fall muss die Frage geklärt werden, ob sie hierfür die Kompetenz besitzen.

Die eigentliche Rechtsquellenfrage entsteht für *Röhl* beim Richterrecht erst dann, wenn ein Gericht eine Rechtsfrage erstmals entschieden hat. Dann sei zu fragen, "ob überhaupt und gegebenenfalls unter welchen Umständen der aus der Entscheidung abstrahierte Rechtssatz"²⁵⁰ für andere verbindlich ist. Die Rechtsquellenfrage ist auch hier eine Frage nach der Verbindlichkeit einer Rechtserscheinung.

Dennoch ist *Röhl's* Betrachtung differenzierter. Er geht zunächst davon aus, dass dort, wo es an einer gesetzlichen Regelung fehlt, auch keine Rechtsquelle vorhanden ist. Die Gerichte schaffen hier ihre Entscheidungsgrundlage - das Recht - selber. Die hier als Richterrecht bezeichneten Schöpfungen der Judikative sind auch in Fällen der Auslegung und Konkretisierung Rechtssätze. Auslegung und Konkretisierung dienen der Sinnentfaltung eines geschriebenen Rechtssatzes. Sie sind Teil der Geltungsanordnung. Dass sie ihre rechtsfolgenbegründende Kraft nur in Verbindung mit anderen Rechtssätzen entfalten, hindert die Einordnung als Rechtssatz nicht.²⁵¹ Die Rechtsordnung kennt auch im geschriebenen Recht unvollständige oder unselbständige Rechtssätze.²⁵²

Erst wenn der Rechtssatz zur Lösung eines Falles geschaffen worden ist, stellt sich die Frage, wer an ihn gebunden ist, d.h. welche Art der Bindungswirkung er entfaltet.

Nach *Röhl* können die Gerichte keine Rechtsnormen setzen.²⁵³ Deshalb komme den von den Gerichten ausgesprochenen Rechtssätzen keine Verbindlichkeit in dem Sinne zu, dass sie von den Bürgern, Behörden und Gerichten zu beachten seien.²⁵⁴

Recht und Rechtsnorm sind zu unterscheiden.²⁵⁵ Wenn es an einer Regelung fehlt, sollen die Gerichte dazu befugt sein, den Rechtssatz zu schaffen. Dieser sei jedoch keine Rechtsnorm, da es ihm an Allgemeinverbindlichkeit fehle. Deshalb sei der Rechtssatz und mit ihm das Richterrecht keine Rechtsquelle.²⁵⁶

Röhl unterscheidet weiter zwischen den verbindlichen Rechtsquellen und den Rechtsinhaltsquellen.²⁵⁷ Das Richterrecht gehört nach seiner Konzeption zu den Rechtsinhaltsquellen.²⁵⁸

²⁴⁹ A.a.O., S. 545; ebenso G. Müller, Rechtsfortbildung, JuS 1980, 627 (634); Rütters, Richterrecht, in: FS Molitor, S. 293 (302).

²⁵⁰ A.a.O., S. 545.

²⁵¹ Ebenso Achterberg, Funktionenlehre, S. 152f.

²⁵² Z. B. Legaldefinitionen; Achterberg, a.a.O., S. 151f. m. w. N..

²⁵³ A.a.O., S. 545; ebenso Picker, Richterrecht, JZ 1984, 155 (157f.); Scholz, Arbeitsverfassung, DB 1972, 1771 (1777).

²⁵⁴ Röhl, a.a.O., S. 538.

²⁵⁵ So auch Scholz, Arbeitsverfassung, DB 1972, 1771 (1777).

²⁵⁶ Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 545; Scholz, a.a.O., S. 1777f..

²⁵⁷ A.a.O., S. 538.

²⁵⁸ A.a.O., S. 545.

So wie von *Röhl* wird in der Literatur überwiegend die Ansicht vertreten, Rechtsquellen seien nur Normen, die wie das Gesetz allgemeinverbindlich sind.²⁵⁹ Die sich anschließende Frage, ob Richterrecht allgemeinverbindlich ist und damit doch Rechtsquelle, ist mit dieser Aufteilung jedoch noch nicht beantwortet.

Wenn aber die Ableitung konkret-individueller Rechtssätze aus abstrakt-generellen Normen nicht ohne weiteres möglich ist, schafft die Rechtsprechung mit dem Richterrecht zunächst diese Normen oder konkretisiert sie, um dann die Einzelfallentscheidung aus ihnen abzuleiten. *Adomeit* geht deshalb davon aus, dass Richterrecht nicht als selbständige Rechtsquelle neben anderen steht, sondern ein "allen Rechtsquellen - auch der Verfassung - anhaftender Vorbehalt inhaltlicher Konkretisierung, Ergänzung und Änderung"²⁶⁰ ist. Deshalb bestünde zwischen dem Gesetzesrecht und seinen Derivaten sowie dem Richterrecht ein Verhältnis der Gleichrangigkeit.²⁶¹

Dieser Ansatz bleibt auf halbem Wege stehen. Es ist nicht ersichtlich, wieso die enge Verknüpfung mit dem Gesetz und dessen Derivaten gegen die Anerkennung des Richterrechts als eigene Rechtsquelle sprechen soll²⁶²; insbesondere, wenn dessen Gleichrangigkeit hervorgehoben wird. Konsequenter müsste dann alles Richterrecht als Gesetzesrecht angesehen werden.²⁶³ Aber auch bei dieser Betrachtungsweise wäre Richterrecht die Beschreibung der nicht vom Gesetzgeber stammenden Teile des (Gesetzes-) Rechts und die Frage seiner Änderbarkeit wäre wie bei der Anerkennung des Richterrechts als eigenständige Rechtsquelle zu stellen.

Da Richterrecht und Gesetzesrecht verschiedene Entstehungsvoraussetzungen und Entwicklungsmöglichkeiten haben, sollten sie als jeweils eigenständige Erscheinungen qualifiziert und untersucht werden. Erst dann kann gesagt werden, ob Richterrecht "nur" Recht oder auch verbindlich wie eine Rechtsnorm und damit Rechtsquelle ist.

Zu den Rechtsquellen im juristisch-dogmatischen Sinne²⁶⁴ gehören unter dem Grundgesetz nach herrschendem Verständnis die Verfassung, das einfache Gesetz, die Rechtsverordnungen und gewohnheitsrechtliche Normen.²⁶⁵

Das dargelegte Rechtsquellenverständnis mit einer Vielzahl von Rechtsquellen hat eine weitere Folge: Die Dogmatik geht davon aus, dass es ein Rangverhältnis der Rechtsquellen gibt.²⁶⁶

Danach ist die Verfassung die Grundlage aller Gesetze (diese Vorstellung lässt sich im Übrigen schon in der Antike und im Mittelalter finden²⁶⁷). Die Gesetze sind die Grundlagen der Verordnungen und Satzungen, sowie der richterlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen. Grundgerüst einer Rechtsordnung sind somit allgemeine Normen, die in einem systematischen Zusammenhang zueinander stehen.²⁶⁸

Der Ansatzpunkt der juristisch-dogmatischen Rechtsquellenlehre ist die Frage, wer darf Normen setzen. In einer rechtspositivistischen Rechtsordnung bedeutet die Setzung von Recht die Formulierung rechtlicher Regelungen durch dazu befugte staatliche Rechtssetzer (oder die Billigung nichtstaatlicher Rechtssetzung durch diese).

Eine Rechtsquellenlehre ist nur dann konsequent, wenn sie alle Arten von so gesetztem Recht sinnvoll erfasst. Daher kann die Definition des Begriffes Rechtsquelle durchaus mit

²⁵⁹ S.o. C I.

²⁶⁰ Rechtsquellenfragen, S. 45.

²⁶¹ Adomeit, a.a.O., S. 45.

²⁶² So auch Kruse, Richterrecht, S. 9f.

²⁶³ Wie es eine Ansicht ja auch vertritt, s.o. B V.

²⁶⁴ Definition bei Joerges, Philosophie, in: Kant-Festschrift, S. 276.

²⁶⁵ Positivierung geschieht also nicht nur durch förmliches Gesetz; Reh binder, Einführung, S. 168; s.o. C II.

²⁶⁶ Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung geht auf Hans Kelsen (Reine Rechtslehre, S. 228ff.) zurück; dazu Öhlinger, Stufenbau, S. 9ff.; Walter, Rechtsordnung, S. 53.

²⁶⁷ Mayer-Maly, Recht, in: Staatslexikon IV, Sp. 670.

²⁶⁸ Hoerster, Rechtsbegriff, JuS 1987, 181 (182).

unterschiedlichen Verbindlichkeiten von Rechtserscheinungen arbeiten müssen, wie *Ossenbühl* hervorhebt.²⁶⁹ Sodann ist nach *Ossenbühl* hervor zu heben, dass "unter den verschiedenen Eigenarten und Eigenschaften einer Rechtsquelle ... sicherlich deren Bindungswirkung im Vordergrund"²⁷⁰ stehe. Damit sei klar, dass die Bezeichnung als Rechtsquelle es zulässt, verschiedene Arten des Rechts unter den Begriff zu fassen, deren spezifische Eigenschaften dann kein Kriterium mehr für die Bezeichnung als Rechtsquelle sind.²⁷¹

Dabei unterscheidet sich die Verbindlichkeit gegenüber den Rechtsunterworfenen nicht direkt. Erst über eine unterschiedlich strenge Bindung der Exekutive oder Rechtsprechung, die Art. 20 Abs. 3 GG ja grundsätzlich festlegt, wirkt sich die unterschiedliche Bindung der Rechtsunterworfenen aus. D.h. im Rahmen des hier untersuchten Ansatzes, dass die Bindung der Rechtsprechung an die verschiedenen Rechtsquellen unterschiedlich stark sein kann, je nach dem, ob es sich um Gesetzes- oder Richterrecht handelt. An das Gesetz und die Rechtsverordnung ist die Rechtsprechung grundsätzlich gebunden, vom Richterrecht kann sie möglicherweise im Wege der Rechtsänderung abweichen.

(2) Ergebnis

Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sprechen dafür, im Richterrecht keine unverbindliche oder eine lediglich innenrechtliche Regelung zu erblicken.

Die Entscheidung über Rechtsquelleneigenschaft und Wirkung von Richterrecht könnte wie die bezüglich anderer Rechtserscheinungen von der Verfassung getroffen worden sein. Ausgehend von der Verfassungsentscheidung bestimmt sich der Rechtsquellencharakter. Dies soll im folgenden untersucht werden.

²⁶⁹ In: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 42.

²⁷⁰ A.a.O., § 6 Rn. 42.

²⁷¹ Modernes Rechtsquellenverständnis, Ossenbühl, a.a.O., § 6 Rn. 86; so auch Olzen, Rechtswirkungen, JZ 1985, 155 (159); Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, S. 463 (Fn. 360).

V. Verfassung und Richterrecht

Die Theorie des Richterrechts und die Rechtsquellenlehre wurden bisher losgelöst von konkreten Vorgaben der deutschen Rechtsordnung betrachtet. Das Richterrecht wird zum Problem der Rechtsquellenlehre, weil die Richter das Recht fortbilden. Diese Befugnis zur Rechtsfortbildung ist einfachgesetzlich z. B. in den §§ 137 GVG und 45 ArbGG verankert.²⁷² Der Gesetzgeber eröffnet der Rechtsprechung diese Befugnis und erkennt damit den Bedarf für richterliche Rechtsfortbildung an. Die Kompetenzeröffnung sagt nichts über die Wirkungen der richterlichen Rechtsfortbildung aus. Diese Auskunft könnte die Verfassung geben.²⁷³

Die Bedeutung einer jeden Verfassung liegt darin, "dass die Politik von Regierung und Parlament und die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung an das Verfassungsgesetz als eine vorrangige Rechtsnorm gebunden"²⁷⁴ werden. Diese Bindung aller staatlichen Gewalt bedeutet bekanntlich nichts anderes, als dass alles Handeln der Staatsgewalten den grundgesetzlichen Anforderungen entsprechen muss, anderenfalls es verfassungswidrig ist.²⁷⁵ Das Grundgesetz ist oberste Regel der Rechtsordnung und höchste Rechtsquelle.²⁷⁶ Es ist im Positivismus zugleich oberste Norm²⁷⁷ und oberste Geltungsanordnung (sowie Kompetenznorm), bildet die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens²⁷⁸, "schafft Grundlagen und normiert Grundzüge rechtlicher Gesamtordnung"²⁷⁹. Durch die Verfassung werden "die Voraussetzungen der Schaffung, Geltung und Durchsetzung der Normen der übrigen Rechtsordnung hergestellt und deren Inhalt weitgehend bestimmt"²⁸⁰. Die Verfassung stellt die Einheit der Rechtsordnung her und bestimmt über Erzeugung und Fortentwicklung des Rechts.²⁸¹

Daraus müssen zwei Schlüsse gezogen werden: Zum einen ist der Gesetzgeber an die Verfassung gebunden und seine Gesetze müssen vor ihr bestehen. Auf diesem Wege wird dem Gesetz Legitimität vermittelt. Es gewinnt durch seine Verfassungsmäßigkeit Anerkennung und Gehorsam der Rechtsunterworfenen.²⁸² Zum anderen ist natürlich auch die Rechtsprechung an die Verfassung gebunden, ihre Entscheidungen müssen ebenfalls verfassungsgemäß sein.²⁸³

Wenn die richterlichen Entscheidungen vor der Verfassung Bestand haben sollen, müssen sie als Rechtsanwendung im Einzelfall verfassungsgemäß sein, auf den von Verfassungs

²⁷² Vgl. nur Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 37.

²⁷³ Nach J. Ipsen, Verfassungsrechtliche Schranken, DVBl. 1984, 1102 (1103f.), sind jedenfalls die Schranken des Richterrechts in der Verfassung zu finden. So auch Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 104ff..

²⁷⁴ Badura, Staatsrecht, Rn. 13.

²⁷⁵ Hesse, Grundzüge, Rn. 199: "Erstmals in der deutschen Verfassungsgeschichte ist damit der Verfassung - auch gegenüber dem Gesetzgeber - uneingeschränkt bindende Kraft verliehen."; Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 27ff..

²⁷⁶ Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 217; Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 517.

²⁷⁷ H. M., vgl. nur Hesse, Grundzüge, § 1 (insbes. Rn. 16ff.), Verfassungsgesetz ist positives Recht.

²⁷⁸ Hierzu sei beispielhaft nur auf die grundlegende Darstellung G. Jellineks verwiesen: Allg. Staatslehre, S. 505ff..

²⁷⁹ Hesse, Grundzüge, Rn. 17.

²⁸⁰ Hesse, a.a.O., Rn. 18.

²⁸¹ Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (34); Mayer-Maly, Recht, in: Staatslexikon IV, Sp. 670.

²⁸² Badura, a.a.O., S. 34.

²⁸³ Verfassungsbindung aller drei Staatsgewalten, vgl. Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 Abschn. VI Rn. 24.

wegen zugelassenen Entscheidungsquellen basieren²⁸⁴ und können nur die von der Verfassung vorgesehenen Wirkungen haben. Die Rechtsprechung muss das Recht nicht nur verfassungsgemäß anwenden, sondern darf und muss auf verfassungskonforme Rechtsquellen zurückgreifen, um die Einzelfallentscheidung aus ihnen abzuleiten.²⁸⁵

1. Hierarchie der Rechtsquellen

Da das Grundgesetz oberste Rechtsquelle²⁸⁶ und Basisnorm der Rechtsordnung ist, muss auch in der Rechtsquellenfrage von ihm ausgehend argumentiert werden.²⁸⁷ Das Grundgesetz begründet eine formulierte und damit positive Rechtsordnung. Es bestimmt Erzeugung und Fortentwicklung des Rechts in dieser Rechtsordnung.²⁸⁸ Die Verfassung regelt die Erzeugung von Normen und bestimmt die dazu befugten Organe.²⁸⁹ Innerhalb dieser Vorgegebenheit muss eine an der deutschen Rechtswirklichkeit orientierte Rechtsquellenlehre arbeiten.

Beginnend mit der Verfassung²⁹⁰ entfaltet sich innerhalb der deutschen Rechtsordnung eine Hierarchie der Rechtsquellen.²⁹¹ Die durch das Grundgesetz statuierte Verfassungsbindung aller staatlichen Gewalt enthält zugleich eine Differenzierung der Rechtsquellen. Die Normen des Grundgesetzes sind vor aller anderen Rechtssetzung ausgezeichnet.²⁹²

Die Rechtsquellenhierarchie ist notwendig, da die Verfassung eines Staates nicht alle Regelungen enthalten kann und soll, die eine funktionierende Rechtsordnung ausmachen. Die Verfassung gibt allgemeine Vorgaben, die Ausdruck der Rechtsidee sind. Daran orientiert muss weiteres Recht geschaffen werden, um eine funktionsfähige Rechtsordnung zu erzeugen.

Dies macht weitere Rechtsquellen nötig, deren Reihenfolge von der Regelungskompetenz der Rechtssetzer bestimmt wird. Die Verfassung verteilt insoweit Konkretisierungskompetenzen.

Diese Kompetenzen können in Rechtssetzungs- und Rechtsfortbildungskompetenzen unterteilt werden, denn auf beiden Wegen können die Vorgaben der Verfassung konkretisiert werden. Der Unterschied besteht darin, dass einmal eine völlig neue Regelung geschaffen werden darf, die ohne engen Bezug zum geltenden gesetzlichen Recht sein kann, aber nicht gegen die Verfassung verstoßen darf. Im anderen Fall wird eine neue Regelung geschaffen, die aus dem geltenden gesetzlichen Recht abgeleitet sein muss. Die schöpferische Kompetenz ist also bei der Rechtsfortbildungskompetenz begrenzt, da hier an Bestehendes angeknüpft werden muss, d.h. keine "revolutionäre" Rechtsgestaltung erfolgen darf. Rechtsschöpfung und Rechtsfortbildung sind danach nur graduell

²⁸⁴ Ähnlich Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 217ff..

²⁸⁵ So bemerkt Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, S. 10, zutreffend: "Dabei hängt die Frage, ob es in einer bestimmten Rechtsordnung *tatsächlich* Gewohnheitsrecht und/oder Richterrecht gibt, nicht von irgendwelchen theoretischen Einsichten, sondern von der Basisnorm, also von der Verfassung dieser konkreten Rechtsordnung ab."; Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 219: Rechtsquelle sind nur die Erscheinungen, die für den Rechtsanwender verbindliche Rechtssätze i.S.d. Art. 20 III GG erzeugen.

²⁸⁶ Vgl. nur Benda, in: HdbVerfR, § 17 Rn. 18.

²⁸⁷ Gusy, Richterrecht, DÖV 1992, 461 (466); P. M. Huber, AllgVerwR, S. 25f.; Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 514.

²⁸⁸ Badura, Verfassung, in: FS Scheuner, S. 19 (34).

²⁸⁹ Bock, Rechtsnormcharakter, S. 46; Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung, JZ 1996, 118 (121); Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 230ff..

²⁹⁰ Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 217: Verfassung ist Grundnorm der Rechtsquellenlehre. Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 517.

²⁹¹ Vgl. nur Öhlinger, Stufenbau, S. 9ff..

²⁹² Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 476.

verschieden.²⁹³ Der Unterschied besteht in der erlaubten Kreativität: Während die Rechtssetzung nur die Vorgaben der Verfassung beachten muss und innerhalb derer autonom die Rechtsordnung gestalten kann, setzt die Rechtsfortbildung eine bestehende Rechtsordnung voraus, die inhaltlich differenzierte Vorgaben enthält, aber nicht vollständig und nicht wandlungsfähig genug ist, um alle zu regelnden Fälle zu erfassen und veränderten Lebensverhältnissen unmittelbar Rechnung zu tragen. Diese Abgrenzung erlaubt es, am Rechtsfortbildungsbegriff festzuhalten und trotzdem deutlich zu machen, dass Richterrecht auch weitgehend neue Regelungen enthalten kann, wenn diese sich als zwangsläufige Ableitung aus dem bestehenden Recht ergeben.

Die Verteilung der Kompetenzen durch die Verfassung ist der erste Schritt. Im zweiten Schritt legt die Verfassung außerdem fest, welche Wirkung die Ergebnisse der Kompetenzausübung haben. Allgemein bindend können nur die rechtssetzenden oder rechtsanerkennenden²⁹⁴ Akte der Staatsgewalten sein, Art. 20 Abs. 3 GG. Gerade für sie ist die Normenhierarchie aufgestellt, um die verliehenen Kompetenzen zu begrenzen und zueinander ins Verhältnis zu setzen. An ihnen orientiert sich die Rechtsquellenlehre.²⁹⁵

Die Rechtsordnung wird in erster Linie durch den Gesetzgeber geformt. Diese Grundentscheidung der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) muss stets beachtet werden. Wird die Rechtssetzungsbefugnis delegiert oder liegt sie bei Selbstverwaltungskörperschaften wie den Gemeinden (Art. 28 GG), so wird durch die Normenhierarchie gesichert, dass unterhalb der Verfassung dem parlamentarischen Gesetzgeber die wesentliche und wegweisende Entscheidungsmacht verbleibt. Die Entscheidungen des Gesetzgebers binden alle Rechtsunterworfenen und -anwender, Art. 20 Abs. 3 GG.

Die Rechtsquellenhierarchie ist eine Hierarchie der staatlichen oder staatlich anerkannten Rechtsquellen. Dabei erfasst die Hierarchie der Rechtsquellen zunächst die Akte der originären Rechtssetzung und sagt primär nichts über die Akte der Rechtsfortbildung aus. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Rechtsfortbildung auf allen Stufen der Hierarchie erforderlich werden kann.

Richterrecht wird durch eine der drei Staatsgewalten geschaffen und ist somit staatliches Recht. Es kann auf verschiedenen Hierarchiestufen entstehen, da es seinen Ausgang in der Rechtsfortbildung nimmt. Es entspricht daher in seinem Wirkungsbereich immer dem Recht der Stufe, auf der die Fortbildung notwendig wurde.

Wie dargelegt²⁹⁶, wird in dieser Arbeit dem rechtspositivistischen verfassungsstaatlichen Rechtsbegriff gefolgt: Recht sind diejenigen Normen, die gemäß der Verfassung zustande gekommen oder von ihr anerkannt sind. Der Normschöpfungsakt²⁹⁷ ist der entscheidende Punkt der Rechtsentstehung; die Geltung des Rechts beruht auf einer Entscheidung.²⁹⁸

Der Geltungsgrund für Recht liegt bei diesem Ansatz darin, dass die Normen verfassungsgemäß zustande gekommen sein müssen.²⁹⁹ Damit ist die Frage zu beantworten, wer eine Norm überhaupt schaffen darf, also die Rechtsschöpfungskompetenz besitzt. Von der Kompetenz kann dann auf die Funktionsweise der Rechtsnorm geschlossen werden.³⁰⁰ Nur wenn eine Norm von einem zur Normsetzung befugten Rechtsschöpfer stammt³⁰¹, kann sie überhaupt verbindlich sein.

²⁹³ Zur Erkenntnis, dass Rechtssetzung und Rechtsanwendung nicht verschieden sind, gelangte schon Kelsen (Reine Rechtslehre, S. 240ff.) und heute wird zumeist anerkannt, dass eine Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung kaum möglich ist. Siehe dazu auch oben C.

²⁹⁴ Z. B. die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, § 5 TVG; Zubilligung der privaten Rechtssetzung für Tarif- und privatrechtliche Verträge.

²⁹⁵ Vgl. Rütters, Rechtstheorie, Rn. 217; ders. Richterrecht, in: FS Molitor, S. 293 (302).

²⁹⁶ S.o. C I.

²⁹⁷ Begriff bei Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 54.

²⁹⁸ Luhmann, Juristische Rechtsquellenlehre, in: FS König, S. 387f..

²⁹⁹ Schreiber, Rechtsnormen, S. 64.

³⁰⁰ Bock, Rechtsnormcharakter, S. 40 m. w. N..

³⁰¹ So Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 57; Rütters, Richterrecht, in: FS Molitor, S. 293 (302).

Um die Rechtsquellen zu identifizieren, muss deshalb die Verfassung daraufhin befragt werden, wem sie die Normschöpfung erlaubt oder an wen die Normschöpfung durch den Gesetzgeber delegiert werden kann.

2. Rechtsprechung unter dem Grundgesetz

Der überwiegende Teil der Rechtsordnung ist von formellen Gesetzen geprägt, die der Gesetzgeber geschaffen hat. Einen weiteren Teil der Rechtsordnung machen die übrigen Gesetze im materiellen Sinne aus, zu denen die Verordnungen, die Satzungen und das Gewohnheitsrecht gehören.³⁰² Um die gesetzlichen Regelungen im Einzelfall wirksam umzusetzen, werden sie durch die Rechtsprechung angewendet und dabei fortgebildet.

Da Gesetze nur von "möglichen Lebenssachverhalten"³⁰³ ausgehen und gerade keine Einzelfallregelungen enthalten³⁰⁴, ist die Entscheidung des Einzelfalles oft erst durch Rechtsfortbildung möglich.

Im Verhältnis zur Verfassung ist zunächst das Gesetz die entscheidende Rechtsquelle, wenn es um die Lösung von Einzelfällen geht. Während die Verfassung durch den Volkswillen unmittelbar Geltung erlangt hat, wird die Rechtsquelleneigenschaft der Gesetze durch die Verfassung begründet, Art. 20 Abs. 3 GG.

Demgegenüber besteht die Aufgabe der Rechtsprechung, die ihr die Verfassung zugewiesen hat, primär darin, aus den Gesetzen mit ihren abstrakt-generellen Regelungen das Recht zu erkennen, das im konkreten Fall einschlägig ist und den Rechtsstreit auflöst.³⁰⁵ Mit der Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnormen bildet der Richter konkret-individuelle Rechtssätze. Hierin liegt die Hauptaufgabe der Rechtsprechung, die in Artt. 92ff. GG festgeschrieben wird.

Das Problem des Richterrechts betrifft aber nicht die einfache Einzelfallentscheidung, sondern die ihr zugrunde liegende Normschöpfung durch die Gerichte. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass derartige Rechtsfortbildung jahrhundertlang gemeineuropäische Rechtstradition ist.³⁰⁶ In einigen europäischen Kodifikationen ist die Lückenhaftigkeit der Gesetzesordnung unbestritten und der Rechtsprechung wurde die Befugnis eingeräumt, diese Lücken wie ein Gesetzgeber zu füllen.³⁰⁷ Auch im deutschen Recht finden sich jedenfalls die bereits benannten einfachgesetzlichen Anerkennungen der Rechtsfortbildung.³⁰⁸

(1) Verfassungsmäßige Kompetenz der Richter

Die Wirkung des gemäß der juristischen Methodenlehre fortgebildeten Rechts (Richterrecht) hängt von der Verfassung ab. Da das Recht historisch Richterrecht oder Gewohnheitsrecht war, kann unterstellt werden, dass das Grundgesetz Richterrecht ausdrücklich ausgeschlossen hätte, wenn es mit dieser (auch vom Bundesverfassungsgericht festgestellten) Tradition hätte brechen wollen.³⁰⁹ Dies ist nicht geschehen. Teilweise wird dagegen sogar konstatiert, dass unter dem Grundgesetz eine Funktionsverlagerung von der Gesetzgebung auf die Rechtsprechung stattgefunden habe. Dadurch sei die Verfassungswirklichkeit verändert worden. Der Richter ersetze immer öfter den Gesetzgeber. Das Ergebnis der Ersetzung seien Normen, denn Normen könnten nur

³⁰² H. M., vgl. nur Gröpper, Gewohnheitsrecht, DVBl. 1969, 945; Ossenbühl, in: AllgVerwR, Erichsen/Ehlers, § 6 Rn. 68ff.; Wolff/Bachof/Stober, AllgVerwR I, § 25 IV 1 Rn. 12ff..

³⁰³ Kaufmann, Problemgeschichte, in: Kaufmann/Hasemer, Einführung, S. 126.

³⁰⁴ Das Einzelfallgesetz ist von Art. 19 I GG sogar ausdrücklich ausgeschlossen worden. Vgl. dazu nur Kunig, Einzelfallentscheidungen, Jura 1993, 308 (311f.).

³⁰⁵ Art. 97 I GG; h. M., vgl. nur Herzog, in: M/D/H/S, GG IV, Art. 97 Rn. 2ff.; Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 97 Rn. 10ff..

³⁰⁶ E 75, 223 (243f.).

³⁰⁷ Vgl. Art. 1 SchwZGB.

³⁰⁸ S.o. B V.

³⁰⁹ Hillgruber, Rechtsfortbildung, JZ 1996, 118f..

normativ fortgebildet werden.³¹⁰

Eines ist bisher schon deutlich geworden: Die Begriffe Richterrecht und Rechtsfortbildung beziehen sich zwar auf den gleichen Ausgangspunkt, mit ihnen werden aber verschiedene Fragestellungen verknüpft. Mit Richterrecht wird die Frage nach der Verbindlichkeit des neuen Rechts gestellt, während sich mit der Rechtsfortbildung die Frage nach den Voraussetzungen verbindet, unter denen richterliches Recht geschaffen werden darf.³¹¹ Richterrecht fragt demnach nach der Legalität, Rechtsfortbildung nach der Legitimität des richterlichen Rechts.³¹²

Das Grundgesetz bindet die Rechtsprechung an Gesetz und Recht, Art. 20 Abs. 3 GG. Weiterhin sind die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen, Art. 97 Abs. 1 GG. Diese Unterwerfung wirkt in zweierlei Weise.

Zum einen muss die Rechtsprechung die Gesetze beachten, wenn und soweit diese gelten.³¹³ Wo eine gesetzliche Regelung fehlt, gibt es auch keine richterliche Bindung.³¹⁴ Aber auch bei existierender gesetzlicher Regelung besteht keine starre Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz.³¹⁵ Die h. M. geht davon aus, dass ein Verstoß gegen die Gesetzesbindung erst dann vorliegt, wenn die Rechtsprechung sich zum Normsetzer aufschwingt, weil sie nicht bereit ist, sich dem Gesetz zu unterwerfen.³¹⁶ Dies ist aber nur der Fall, wenn eine gesetzliche Regelung eindeutig bestimmt und der gesetzgeberische Wille klar zu erkennen ist und der Richter dies ignoriert. In allen Fällen unklarer Regelungen, bei Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen eröffnet bereits das Gesetz selber die Befugnis der Rechtsprechung, das Gesetz durch Fortbildung anwendbar zu machen.³¹⁷ Insoweit ist auch bei bestehender gesetzlicher Regelung im Regelfall gerade keine strikte Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz angeordnet. Diese ist vielmehr zur Ausgestaltung der Gesetzesregelungen aufgefordert. Die Bindung an das Gesetz, die Artt. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG festschreiben, ist keine absolute. Eine strikte Bindung ist bereits aus Gründen der praktischen Handhabbarkeit der Gesetze keine sinnvolle Forderung und wurde im deutschen Rechtsverständnis auch nie erhoben.

a) Der Rechtsprechungsbegriff des Grundgesetzes

Um feststellen zu können, welche Wirkung das Richterrecht hat, müssen die verfassungsrechtlichen Vorgaben über die Befugnisse der drei Staatsgewalten im Hinblick auf die Rechtsschöpfung untersucht werden.

Die wichtigsten Rechtssetzungsaktivitäten der drei Staatsgewalten sind die Verabschiedung der Gesetze durch die Legislative, der Verwaltungsakterlass durch die Exekutive und die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch die Judikative. So wird zugleich "das Grundphänomen staatlich garantierten Rechts"³¹⁸ dokumentiert, nämlich dessen Geltung und deren drei Modalitäten, die der Gewaltenteilung des Grundgesetzes entsprechen³¹⁹: Gesetzesgeltung, Bestandskraft des Verwaltungsakts und Rechtskraft des Urteils. In diesen drei Geltungsmodalitäten zeigt sich auch die Bandbreite der die Rechtsquellenfrage

³¹⁰ Leisner, Richterrecht, DVBl. 1986, 705 (706).

³¹¹ Vgl. auch Barth, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 41f..

³¹² Barth, a.a.O., S. 41f.; Fikentscher, Methoden III, S. 708.

³¹³ Allgemeingut, vgl. nur Sachs in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 120.

³¹⁴ Sachs, a.a.O., Rn. 120.

³¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 34, 269 (286ff.).

³¹⁶ Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 161; st. Rspr. - BVerfGE 87, 273 (280).

³¹⁷ H. M., vgl. nur Scheffelt, a.a.O., S. 164f. m. w. N..

³¹⁸ Gröschner, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, Einführung II 2 (S. 6).

³¹⁹ Gröschner, a.a.O., Einführung II 2 (S. 6); ders., Überwachungsrechtsverhältnis, S. 90f..

berührenden Rechtserscheinungen³²⁰: nur Gesetzesrecht ist abstrakt-generelle Norm mit Außenwirkung. Die beschriebenen Geltungsmodalitäten treten allerdings nur in den Bereichen eindeutig zutage, in denen die drei Staatsgewalten exklusiv die ihnen jeweils zugewiesene staatliche Gewalt (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) ausüben.

Für die Judikative bedeutet das, dass ihre Entscheidungen die Geltung des Rechts im Einzelfall erzwingen.³²¹ Sie setzen sie durch³²², indem das Urteil ggf. die Grundlage einer Vollstreckungsmaßnahme wird. Da die Urteile der formellen und materiellen Rechtskraft fähig sind³²³, beenden sie den Streit zwischen den Parteien und stiften so Rechtsfrieden. Die konkret-individuellen Rechtssätze der Gerichte³²⁴, die im Urteilstenor zum Ausdruck kommen, werden fixiert und der Veränderbarkeit, der alles Recht unterliegt³²⁵, grundsätzlich entzogen. Das Recht ordnet seine Unveränderlichkeit für einen von ihm einmal erfassten Vorgang an³²⁶: Ein Rechtsstreit wird anhand der einschlägigen Rechtsregeln entschieden. Damit beschreibt die Entscheidung die Rechtslage zu einem bestimmten Zeitpunkt. Eine spätere Änderung des Rechtszustandes ändert die Entscheidung grundsätzlich nicht mehr.³²⁷

Ob die Rechtskraft aber das entscheidende Argument ist, wird fraglich, wenn der Richter zur Entscheidungsfindung zunächst Richterrecht entwickeln muss.³²⁸ Hier tritt er mit seiner Rechtsfortbildung an die Stelle des Gesetzgebers. Sein Handeln berührt den Bereich der Gesetzesgeltung.³²⁹

In ihrer grundlegenden Untersuchung hat *Sobota* gezeigt, dass das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes u.a. wesentlich von dem Gedanken getragen wird, dass Hoheitsträger und Hoheitsunterworfenen durch Rechtsverhältnisse miteinander verbunden sind.³³⁰

Die Lehre von den Rechtsverhältnissen geht davon aus, dass es eine Grundaussage von Rechtsstaatlichkeit darüber gibt, dass "staatliche Gewalt überhaupt in Rechtsverhältnissen organisiert ist"³³¹. Je nach handelnder Gewalt kann das Rechtsverhältnis verschieden sein. Das Öffentliche Recht wird vom Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses geprägt, mit dem zumindest seit der Staatsrechtslehrtagung 1971 gearbeitet wird.³³² Der Begriff wurde später u.a. von *Gröschner* neu belebt³³³ und wird im Hinblick auf die hier interessierende Frage dadurch bestimmt, dass "die Rechtsgeltung der formalen Regelungsbefugnis, die sich ihrerseits aus rechtlichen Verhältnissen ergibt"³³⁴, folgt. Danach kann nur dort, wo innerhalb eines Rechtsverhältnisses eine Regelungsbefugnis

³²⁰ Erbguth, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 (478f.).

³²¹ Dieser Vorbehalt des Richterspruchs betrifft jede Rechtsfragenentscheidung durch Legislative oder Exekutive und macht die Judikative zur Herrin des geltenden Rechts (Hesse, Grundzüge, Rn. 551).

³²² Hesse, a.a.O., Rn. 195.

³²³ Formelle Rechtskraft macht die Entscheidung unanfechtbar (Thomas/Putzo, ZPO, § 705, Rn. 1); materielle Rechtskraft bedeutet, dass der Inhalt einer Entscheidung für Gericht und Parteien maßgeblich ist, falls es in einem späteren Verfahren um die selbe Rechtsfrage geht (Thomas/Putzo, a.a.O., § 322 Rn. 1 u. 8).

³²⁴ Beim Verwaltungsakt erfolgt dieselbe Festschreibung über die Bestandskraft; vgl. Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 90f..

³²⁵ Hesse, Grundzüge, Rn. 195.

³²⁶ Ausnahmen bilden Regelungen wie die über die Wiederaufnahme des Verfahrens oder über Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten (z. B. §§ 578 ZPO, 153 I VwGO bzw. §§ 48, 49 VwVfG).

³²⁷ Wenn bei einer Rechtsänderung das neue Gesetz die Erneuerung des Rechtsstreits ausdrücklich zulässt (Thomas/Putzo, ZPO, § 322 Rn. 49).

³²⁸ S.o. B V.

³²⁹ So auch Kruse, Richterrecht, S. 9ff..

³³⁰ Prinzip Rechtsstaat, siehe nur S. 473f..

³³¹ Sobota, a.a.O., S. 488.

³³² Gröschner, Verwaltungsrechtsverhältnis, Die Verwaltung 1997, 301; Sobota, a.a.O., S. 237 m. w. N..

³³³ Überwachungsrechtsverhältnis, § 3.

³³⁴ Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 88.

besteht, Recht gesetzt werden.³³⁵ Die Gestaltungs- und Bindungsmacht der Subjekte des Rechtsverhältnisses reicht nur soweit, wie das Rechtsverhältnis reicht.

Nach der Dogmatik der Rechtsverhältnisse wird heute im Öffentlichen Recht zwischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Prozessrechtsverhältnis unterschieden.³³⁶ Dabei kennzeichnet das Verfassungsrechtsverhältnis die Beziehungen, d.h. die Rechte und Pflichten, von Bürgern und Staatsgewalt im allgemeinen.³³⁷ Im Verfassungsrechtsverhältnis wird der Gesetzgeber in die Lage versetzt, allgemeinverbindliche Regelungen zu erlassen.³³⁸ Das Verwaltungsrechtsverhältnis betrifft die Beziehungen von Bürgern und Behörden. Hier dürfen die Behörden Einzelfallregelungen durch Verwaltungsakt treffen. Das Prozessrechtsverhältnis schließlich betrifft die Beziehung Bürger - Gerichte.³³⁹ Es ist dadurch gekennzeichnet, dass es der Judikative die Befugnis einräumt, einen Streitfall für die Parteien bindend zu entscheiden.³⁴⁰

Die drei Staatsgewalten setzen innerhalb des jeweiligen Rechtsverhältnisses also je unterschiedliches Recht in Geltung: materielle Gesetze erlangen Gesetzeskraft, Verwaltungsakte werden bestands- und Gerichtsentscheidungen rechtskräftig.

Innerhalb des Rechtsverhältnisses kann die staatliche Gewalt nur insoweit tätig werden, wie ihr die Handlungs- und Regelungsbefugnis zusteht. Das bedeutet eine kompetenzielle Einschränkung bezogen auf das Ob und Wie einer Regelung. Es bedeutet aber auch, dass die Wirkung einer Regelung nur so weit gehen kann, wie es das Rechtsverhältnis zulässt.

In einem Rechtsstreit besteht das Prozessrechtsverhältnis zwischen den Streitparteien und dem Gericht. Solange und soweit das Prozessrechtsverhältnis reicht, kann das Gericht jede ihm erlaubte Maßnahme und Anordnung treffen. Insoweit steht ihm die Regelungsbefugnis zu. Kommt ein neuer Streit vor Gericht, entsteht zwischen den Parteien dieses Streites und dem Gericht ein neues Prozessrechtsverhältnis. Das, was als Regelung in einem Prozessrechtsverhältnis ergangen ist, wirkt sich auf andere Prozessrechtsverhältnisse grundsätzlich nicht aus. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Regelungen über das Prozessrechtsverhältnis etwas anderes vorsehen.³⁴¹

Die exekutive Staatsgewalt tritt in zwei Rechtsverhältnissen in Erscheinung. Ihr Hauptbetätigungsfeld wird durch das Verwaltungsrechtsverhältnis bestimmt. Sofern sie aber als Rechtsverordnungsgeber gem. Art. 80 GG auftritt, ist nicht das Verwaltungs- sondern das Verfassungsrechtsverhältnis der Handlungsrahmen. Die Rechtsverordnungen der Exekutive sind materielle Gesetze und regeln wie Parlamentsgesetze allgemeinverbindlich Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen. Dazu gehört auch die Exekutive selbst, die die Rechtsverordnung anzuwenden hat. Die Exekutive als Rechtssetzer ist an das von ihr gesetzte Recht wie an das Parlamentsgesetz gebunden, obwohl Art. 80 GG diese Bindung nicht ausdrücklich postuliert.

Auch für die Judikative könnte, wenn sie zur Lösung eines Rechtsstreits Richterrecht schöpft, das Verfassungsrechtsverhältnis Grundlage der Tätigkeit bilden. Prozessrechts- und Verfassungsrechtsverhältnis könnten während des Prozesses gleichzeitig relevant sein. Für die hier interessierende Frage nach der Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts

³³⁵ Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 90f.; Sobota, a.a.O. S. 87f.; zusammenfassende Darstellung auch bei Schur, Rechtsverhältnis.

³³⁶ Sobota, a.a.O., S. 474.

³³⁷ Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 91.

³³⁸ Das Verfassungsrechtsverhältnis erlaubt verschiedene Arten materieller Gesetzgebung, z. B. die zum Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen (Artt. 80 u. 28 GG). Die Normenhierarchie ist somit ein Teil des Verfassungsrechtsverhältnisses, denn sie beschreibt Arten staatlicher Rechtssetzung.

³³⁹ Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 91.

³⁴⁰ Gröschner, a.a.O., S. 91.

³⁴¹ So beispielsweise die Regelungen über die Rechtskrafterstreckung (z. B. §§ 325ff. ZPO).

geht es darum festzustellen, ob die verallgemeinerbaren Entscheidungsregeln³⁴² eine über die Einzelfallentscheidung hinaus reichende Wirkung haben, also als Rechtsnormen anzusehen sind, die im Verfassungsrechtsverhältnis entstehen. Das Verfassungsrechtsverhältnis könnte der Judikative die Befugnis verleihen, Rechtssätze verbindlicher Art zu erlassen. Es müsste also eine Befugnis der Rechtsprechung existieren, die dieser ähnlich der Befugnis der Exekutive aus Art. 80 GG oder aus eigenem Recht Rechtssetzung erlaubt.

Scheffelt hat kürzlich ausführlich nachgewiesen, dass dem Grundgesetz ein Verständnis schöpferischen Richterrechts zugrunde liegt.³⁴³ Daraus zieht er den Schluss, dass das Richterrecht in der heutigen Rechtsordnung normähnlichen Charakter habe, denn schöpferisches Richterrecht bedeute die vor jeder Normanwendung notwendige Sinnermittlung als Teilrechtssetzung von Rechtsnormen.³⁴⁴ Dieses Ergebnis leitet sich jedoch nicht unmittelbar aus den Überlegungen *Scheffelts* ab, denn er fragt nur danach, ob dem Grundgesetz Aussagen zur Existenz und Billigung schöpferischen Richterrechts entnommen werden können und begründet das Ergebnis im Übrigen über die Methodenlehren.³⁴⁵

Dies beantwortet die Frage nach dem Charakter des (schöpferischen) Richterrechts noch nicht abschließend. Für die Untersuchung der Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts bedarf es weiterer Überlegungen.

Die grundgesetzliche Anerkennung des Richterrechts kann bedeuten, dass Richterrecht und damit "richterliche Gesetzgebung" von Art. 92 GG erfasst sind. Zur originären Aufgabe der Rechtsprechung gehört dann auch die Rechtsschöpfung. Hier liegt keine Vertretung des Gesetzgebers wie bei Art. 80 GG (durch die Exekutive) vor, sondern eine Berechtigung aus eigenem Recht.

Art. 92 GG spricht davon, dass die Rechtsprechung staatliche Gewalt ausübt. Er definiert zunächst die originäre Aufgabe der Rechtsprechung im Gefüge der Gewaltenteilung, das Rechtsprechen im Sinne der Streitentscheidung im Einzelfall. Damit ist noch nicht gesagt, ob Art. 92 GG die Rechtsfortbildung als Definitionsbestandteil des Begriffes "Rechtsprechung" versteht.

Die bis heute andauernde Diskussion um Inhalt, Zulässigkeit und Wirkung des Richterrechts lässt daran zweifeln, dass Art. 92 GG diese Regelung enthält. *Scheffelt* geht davon aus, dass Art. 92 GG die Frage, ob Rechtsschöpfung zur rechtsprechenden Gewalt gehört, nicht beantwortet.³⁴⁶

Die Aussage des Art. 92 GG, dass die rechtsprechende Gewalt durch die Richter ausgeübt wird, ist nicht einfach zu interpretieren. Daraus kann aber nicht ohne weiteres abgeleitet werden, dass die Norm keine Auskunft darüber gibt, ob die Schaffung von Richterrecht zur "rechtsprechenden Gewalt" gehört.³⁴⁷ Der Hinweis, dass der Begriff "rechtsprechende Gewalt" auszulegen ist und hier das jeweilige Methodenverständnis eine Rolle spiele³⁴⁸, greift zu kurz. Die Auslegungsbedürftigkeit des Art. 92 GG ist keine Besonderheit gegenüber anderen Normen. Die Normauslegung kann deshalb nicht einfach verweigert werden.

Hinzu kommt, dass die Argumentation über die Methodik nur einen Teilaspekt der Regelung erfasst. Der Rechtsprechungsbegriff des Grundgesetzes ist aus diesem heraus für

³⁴² Diese Verallgemeinerungsfähigkeit ist zwingende Voraussetzung methodisch korrekter Rechtsfortbildung (vgl. Zippelius, Methodenlehre, S. 80) und kein Sich-Überheben der Rechtsprechung (so aber Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 59); vgl. BVerfGE 66, 116 (138); Bakker, Richtermacht, S. 137f.; Haverkate, Verfassungslehre, S. 401; Pauly, Synallagma, Der Staat 33, 277.

³⁴³ Rechtsprechungsänderung, Ergebnis S. 226.

³⁴⁴ A.a.O., S. 227.

³⁴⁵ Zur Ungeeignetheit der Argumentation mittels Methodenlehre vgl. Wank, Rechtsfortbildung, S. 78ff..

³⁴⁶ A.a.O., S. 105.

³⁴⁷ So Scheffelt, a.a.O., S. 105, 178ff..

³⁴⁸ Scheffelt, a.a.O., S. 105.

die konkrete Verfassungswirklichkeit zu ermitteln.³⁴⁹ Dabei kann durchaus der Bezug zu einem vorkonstitutionellen Begriff des Rechtsprechens herzustellen sein.³⁵⁰

Die Möglichkeiten, den Begriff Rechtsprechung in Art. 92 GG zu definieren, hat *Bock* detailliert dargestellt.³⁵¹ Am überzeugendsten erscheint die Ansicht, Rechtsprechung gegenüber Gesetzgebung dahingehend abzugrenzen, dass letztere primär rechtsgestaltend, die Judikative aber rechtsbewahrend tätig ist.³⁵² Dies entspricht dem Verständnis Montesquieus vom Richter als dem Mund des Gesetzgebers. Es bedeutet jedoch nur die grundlegende Abgrenzung der beiden Gewalten.

Wie dargestellt³⁵³ ist es heute unbestritten, dass die Rechtsprechung das Recht fortbildet. Diese Erkenntnis hat sich recht bald nach Montesquieu durchgesetzt.³⁵⁴ Auch herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass der Rechtsprechung die Rechtsfortbildung gestattet ist.³⁵⁵ Deshalb liegt es nahe anzunehmen, dass die richterliche Rechtsfortbildung im Begriff "Ausübung der rechtsprechenden Gewalt" enthalten ist. Die Erkenntnis der Methodenlehre muss sich im Verständnis des Grundgesetzes widerspiegeln: Art. 92 GG umfasst die ganze Bandbreite richterlicher Herangehensweise zur Lösung des Einzelfalles.³⁵⁶ Dagegen spricht nicht³⁵⁷ Art. 97 Abs. 1 GG. Die von Art. 20 Abs. 3 GG abweichende Formulierung ("nur dem Gesetz unterworfen") bedeutet bereits ihrem Regelungszweck nach keinen Widerspruch.³⁵⁸ Art. 97 Abs. 1 GG zielt darauf, die Richter von keinerlei Weisung abhängig zu machen.³⁵⁹ Die Funktion der Regelung besteht darin, die sachliche Unabhängigkeit der Richter zu gewährleisten, wodurch der Gewaltenteilungsgrundsatz verstärkt wird³⁶⁰: Art. 97 Abs. 1 GG gewährleistet die Freiheit der Rechtsprechung vor Einflussnahmen der beiden anderen Staatsgewalten, sagt aber nichts über die inhaltliche Bindung der dritten Gewalt aus.³⁶¹ Damit wendet sich Art. 97 Abs. 1 GG insoweit nicht an die dritte Gewalt, räumt ihr also keine weiteren Befugnisse ein, sondern schützt den von Art. 92 GG eröffneten Handlungsspielraum der Rechtsprechung vor außerrechtlichen Einflüssen. Die Vorschrift eröffnet keine inhaltlichen Entscheidungsfreiräume der Rechtsprechung, sondern Abwehrrechte gegen Legislative und Exekutive.

Die von Art. 97 Abs. 1 GG ausgesprochene Gesetzesbindung der Rechtsprechung fordert von der dritten Gewalt, Recht gemäß der anerkannten Methoden der Rechtsfindung und Rechtsfortbildung zu sprechen. Die sachliche Unabhängigkeit der Richter im Sinne von Weisungs-, Handlungs- und Erkenntnisfreiheit³⁶² ist Voraussetzung, methodengerecht Recht zu sprechen.³⁶³ Rechtsfindung und Rechtsfortbildung sind an die vorhandenen gesetzlichen Regelungen gebunden. Dort, wo eine Regelung mehrdeutig bzw. unklar ist oder wo es gar an einer Regelung fehlt, wirkt sich die richterliche Unabhängigkeit aus: Die

³⁴⁹ Siehe Bettermann, HdbStR III, § 73 Rn. 17.

³⁵⁰ Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG III, Art. 92 Rn. 24.

³⁵¹ Rechtsnormcharakter, S. 25ff. m. w. N.; ähnlich Bettermann, in: HdbStR III, § 73 Rn. 17ff.; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG III, Art. 92 Rn. 24.

³⁵² P. Schneider, Gewaltenteilung, AöR 82, 1 (14f.).

³⁵³ S.o. B V.

³⁵⁴ H. M., vgl. nur Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 172.

³⁵⁵ S.o. B V.

³⁵⁶ So Herzog in: M/D/H/S, GG IV, Art. 92 Rn. 26; P. Kirchhof betont, dass das grundgesetzliche Verständnis von Rechtsprechen auch das Ausprägen und Verdeutlichen einer konkretisierungsbedürftigen Regel in einem mitwirkungsbedürftigen Verfahren ist (Auftrag des GG, in: FS Uni Heidelberg, S. 11 [12]).

³⁵⁷ So aber Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 154.

³⁵⁸ Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 43; Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 119.

³⁵⁹ H. M., vgl. nur Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 8f. m. w. N.; siehe. JöR 1951, 717.

³⁶⁰ Bertelmann, Ratio decidendi, S. 42 m. w. N..

³⁶¹ Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 9.

³⁶² Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG III, Art. 97 Rn. 15.

³⁶³ Ebenso Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 97 Rn. 18.

Erkenntnisfreiheit ermöglicht es den Richtern, dem Rechtsverweigerungsverbot gerecht zu werden und die erforderliche Einzelfallentscheidung zu treffen. Je weiter sie sich dabei vom Gesetz entfernen müssen (bis zur Lückenfüllung), desto größer wird ihre Entscheidungsfreiheit. Der Maßstab der Entscheidung ist letztlich das juristisch geschulte richterliche Gewissen.³⁶⁴ Dabei ist selbstverständlich, dass der Richter bei der Suche nach der gerechten Entscheidung nicht völlig frei ist.³⁶⁵ Die in richterlicher Rechtsfortbildung gefundene gerechte Lösung des Streitfalles muss durch die richterliche Argumentation überzeugen. Art. 97 Abs. 1 GG beschreibt somit auch das Wie der Rechtsprechung. Er ist auch eine methodenbezogene Norm. Damit gibt das Grundgesetz der Rechtsprechung ein gewisses Verfahren vor: In ihrer Zusammenschau beinhalten die Artt. 20 Abs. 2, Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG die grundlegende Funktions- und Aufgabenbeschreibung der dritten Gewalt. Sie konkretisieren die Gewalt³⁶⁶, sichern die Richter gegen Einflussnahme ab, um eine unabhängige Rechtsprechung zu gewährleisten³⁶⁷, und beschreiben grundsätzlich die Art und Weise der Gewaltausübung.

Um den Begriff Rechtsprechung und damit die dritte Gewalt deutlich von den beiden anderen Gewalten zu unterscheiden, bietet sich ein Verständnis von Art. 92 GG an, das die Spezifika der Rechtsprechung zugrunde legt. Ein Übergreifen in Bereiche, die auch von anderen Gewalten beansprucht werden, ist damit nicht ausgeschlossen.³⁶⁸

Nach historischer und methodologischer Betrachtung muss Art. 92 in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 GG die gesamten Befugnisse der Rechtsprechung enthalten³⁶⁹, gibt ihnen Raum und Beschränkung. Er umfasst auch das Recht zu richterlicher Rechtsfortbildung.

b. Gewaltenteilung

Doch selbst wenn man diese Argumentation ablehnt³⁷⁰, kann nicht postuliert werden, dass sich aus dem Grundgesetz keine eindeutigen Erkenntnisse zum Richterrecht ergeben.³⁷¹

Art. 92 GG ist nur eine der grundgesetzlichen Normen, die Aussagen zur Gewaltenteilungskonzeption des Grundgesetzes machen.³⁷² Die Norm bestimmt zum einen, durch wen die rechtsprechende Gewalt ausgeübt wird. Zum anderen verbietet sie den anderen Staatsgewalten, Aufgaben der Rechtsprechung wahrzunehmen.³⁷³ Damit steht sie in unmittelbarem Bezug zu Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, der den Grundsatz der Gewaltenteilung in das Grundgesetz einführt. Diese Vorschrift gibt jedoch nur einen Ausschnitt der Gewaltenteilung wieder³⁷⁴ und bedeutet das ausdrückliche Bekenntnis des Grundgesetzes zu ihr. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG hat somit keinen Zuweisungscharakter. Das Verhältnis der Gewalten zueinander und ihre Funktionen sind an anderer Stelle im Grundgesetz niedergelegt.³⁷⁵ So enthält Art. 92 GG das Rechtsprechungsmonopol der

³⁶⁴ Die Betätigung des richterlichen Gewissens kann bis zu den Fällen der "Gehorsamsverweigerung" gegenüber dem Gesetz reichen, wie sie Art. 20 III GG mit der Radbruchschen Formel erlaubt. S. o. C IV.

³⁶⁵ Vgl. dazu Bakker, Richtermacht, S. 138ff.

³⁶⁶ Siehe nur Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG III, Art. 92 Rn. 16.

³⁶⁷ Siehe nur Schultze-Fielitz, a.a.O., Art. 92 Rn. 15f.

³⁶⁸ Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 70; ebenso grundsätzlich Achterberg, Funktionenlehre, S. 179ff. (insbes. 189ff.); a. A. Neuner, a.a.O., S. 55ff.

³⁶⁹ Ebenso Ossenbühl, in: HdbStR III, § 61 Rn. 40.

³⁷⁰ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 42: Das GG enthält keine ausdrückliche Kompetenz.

³⁷¹ So aber Scheffelt, Rechtsfortbildung, S. 104ff.; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG III, Art. 92 Rn. 38; wie hier Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 119.

³⁷² Vgl. nur Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 92 Rn. 1; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 92 Rn. 1.

³⁷³ Ausführlich Heyde, in: HdbVerfR, § 33; Pieroth, a.a.O., Rn. 1; Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 41.

³⁷⁴ Schnapp, a.a.O., Rn. 41.

³⁷⁵ Schnapp, a.a.O., Rn. 41.

Gerichte. Für das Rechtsprechen ist die Gewaltenteilung damit streng durchgeführt.³⁷⁶ Hinsichtlich legislativer und exekutiver Gewaltausübung finden sich keine derart abschließend definierten Zuweisungen. Dafür existieren Regelungen, die die Gewaltenteilung wieder durchbrechen.³⁷⁷

Ist richterliche Rechtsfortbildung als Wahrnehmung gesetzgeberischer Befugnisse zu verstehen, ist zu fragen, ob das Grundgesetz eine Vertretung der Legislative durch die Judikative erlaubt.

So kann die Rechtsprechung Exekutivbefugnisse wahrnehmen.³⁷⁸

Nach dem klassischen Gewaltenteilungsprinzip wird die Staatsgewalt unter dem Grundgesetz³⁷⁹ von den drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative ausgeübt: Jede der drei Gewalten übt in dem ihr spezifisch zugewiesenen Bereich Staatsgewalt in jeweils besonderer Art und Weise aus.

Das Ziel des Gewaltenteilungsgedankens war es u.a., die Ausübung von Staatsgewalt auf verschiedene Träger derselben zu verteilen, um eine Machtkonzentration zu verhindern.³⁸⁰ Ausübung von Staatsgewalt war ursprünglich ein Konglomerat verschiedener Aktivitäten des Staates. Das Instrumentarium der Gewaltenteilung ist und wurde daher unterschiedlich ausgestaltet.³⁸¹ Rechtssetzung, Rechtsvollzug und Rechtsprechung sind die wesentlichen Bestandteile³⁸² der Staatsgewalt, die in früherer Zeit gerade nicht getrennt ausgeübt wurde (Beispiel Richterkönig). Das Grundgesetz kennt nur diese drei materiellen Staatsfunktionen.³⁸³

Die Differenzierung der einzelnen Arten der Ausübung von Staatsgewalt im Wege der Gewaltenteilung führte nicht dazu, dass das Ausüben von Staatsgewalt als solches neu definiert werden musste. Die Staatsgewalt wurde lediglich klar auf verschiedene Träger verteilt, die voneinander unabhängig sind.³⁸⁴ Es handelt sich somit nicht um eine Schöpfung der Gewalten (und damit der Staatsgewalt überhaupt), sondern um ihre funktionale Unterscheidung und wechselseitige Verschränkung.³⁸⁵

Die Aufteilung der Ausübung der Staatsgewalt schwächt diese nicht. Jede der drei Teilgewalten ist Staatsgewalt und damit grundsätzlich zu jeder Art der Gewaltausübung fähig. Die Trennung nach den jeweiligen Aufgaben führt nicht dazu, dass die Staatsgewalt nur noch in Teilen existiert.³⁸⁶ Die Zuweisung einer der drei Arten der Gewaltausübung an Legislative, Exekutive und Judikative begrenzt die Ausübung der allumfassenden Staatsgewalt für einzelne Teile der Staatsmacht. Der Staat als solcher ist jedoch nicht teilbar.³⁸⁷ Die Gewaltenteilung verfolgt lediglich eine Institutionalisierung: die einzelne

³⁷⁶ Schnapp, a.a.O., Rn. 41; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 69.

³⁷⁷ Z. B. Art. 115a GG, Feststellung des Verteidigungsfalles.

³⁷⁸ Unbestritten, vgl. nur Haas, Landesrecht, DVBl. 1957, 368 (371.).

³⁷⁹ Gewaltenteilung ist grundlegendes Prinzip der deutschen Rechtsordnung, vgl. nur Ossenbühl, Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545; Kunig, Einzelfallentscheidungen, Jura 1993, 308 (310).

³⁸⁰ Vgl. nur Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 32; P. Schneider, Gewaltenteilung, AöR 82, 1 (2); st. Rspr. - BVerfGE 34, 52 (59).

³⁸¹ Stellvertretend Hesse, Grundzüge, Rn. 481; Ossenbühl, Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (547); Schnapp, a.a.O., Rn. 39.

³⁸² Neben anderen wie Föderalismus und kommunale Selbstverwaltung (Pluralismus der Entscheidungsbefugten); Schnapp, a.a.O., Rn. 41: Art. 20 II GG normiert nur einen Ausschnitt der Gewaltenteilung.

³⁸³ Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 90; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 64.

³⁸⁴ Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 IV Rn. 5.

³⁸⁵ H. Henkel, Rechtsphilosophie, S. 165; Hesse, Grundzüge, Rn. 476f.; Ossenbühl, Gewaltenteilung, DÖV 1980, 454 (547).

³⁸⁶ Ähnlich F. Kirchhof, Private Rechtssetzung, S. 51.

³⁸⁷ Das Unrecht der Souveränität ist subjektbezogen und auch Art. 1 I 2 GG setzt die Rechtssetzungsbefugnis des Staates insgesamt voraus. Vgl. Gröschner, in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, Einführung II 2 (S. 7).

Tätigkeit, mit der die Staatsgewalt ausgeübt wird, entsteht nicht durch eine der drei Gewalten.³⁸⁸

Der Staat des Grundgesetzes bildet den Bürgern gegenüber eine Einheit. Die drei Gewalten wirken durch die Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemeinschaftlich an der In-Geltung-Setzung von Recht mit.³⁸⁹ Selbst wenn man annimmt, dass die drei Gewalten kennzeichnenden Grundbefugnisse nicht dem Staat als juristischer Person, sondern jeweils einer der drei Gewalten zustehen³⁹⁰, muss ausgehend von Sinn und Zweck des Gewaltenteilungsprinzips und der Regelung in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG für die hier interessierende Frage davon ausgegangen werden, dass der Staat als solcher das Recht in Geltung setzt. Die "Personifizierung" der einzelnen Arten der Ausübung der Staatsgewalt teilt den handelnden Gesamtstaat in unterschiedliche Verantwortungsbereiche. Dadurch wird die Befugnis zur Machtausübung der allumfassenden Gewalt einer der drei Gewalten zugewiesen.³⁹¹

Diese Zuweisung erfolgt mit dem genannten Ziel, die Ausübung der Staatsgewalt zu beschränken und nachvollziehbar zu machen.³⁹² Dadurch sollte die Gewaltausübung aber nicht unflexibel werden.³⁹³ Die radikale Trennung der Ausübung der Staatsgewalt im Sinne Montesquieus hat sich nicht durchgesetzt.³⁹⁴

Herzog hebt zurecht hervor, dass Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG dennoch die Vorstellung einer rechtlich festgelegten und auch rechtlich abgesicherten Zuständigkeitsordnung voraussetzt.³⁹⁵

Heute vertritt die deutsche Staatsrechtslehre die Theorie von den verschränkten Staatsgewalten.³⁹⁶ Im Grundgesetz sind auf Legislative und Exekutive Aufgaben verteilt³⁹⁷, die sich mit einer streng verstandenen Gewaltentrennung nicht vereinbaren lassen.³⁹⁸ Hinsichtlich der Frage, ob der Legislative das Exklusivrecht zur Rechtssetzung zugewiesen ist, enthält bereits Art. 80 GG die verneinende Antwort. Mit diesem Bekenntnis zu exekutivischer Rechtssetzung harmoniert die Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts, dass auch im Hinblick auf die Gewaltenteilung der Verfassung eine Beschränkung auf Kernbereiche immanent ist: die Kernbereichslehre³⁹⁹ sichert jeder Gewalt die Exklusivität ihres Bereichs der Ausübung staatlicher Gewalt nicht allumfassend. Die Forderung der Gewaltenteilung reicht nur so weit, dass der Charakter der jeweiligen Gewalt gewahrt bleibt und sie sich von den anderen beiden Gewalten in ihrer Eigenart bei der Ausübung der Staatsgewalt deutlich abgrenzt. Mit anderen Worten: die wahrgenommenen Aufgaben müssen es zulassen, die Staatsgewalt eindeutig noch als

³⁸⁸ Vgl. nur P. Schneider, Gewaltenteilung, AöR 82, 1 (2 m. w. N.). Kunig, Einzelfallentscheidungen, Jura 1993, 308 (310) weist für die Exekutive darauf hin, dass deren Bestand durch das GG gefordert wird.

³⁸⁹ Gröschner, Überwachungsverhältnis, S. 91.

³⁹⁰ Gröschner, a.a.O., S. 90.

³⁹¹ Art. 20 II GG besagt lediglich, dass die staatlichen Funktionen zu unterscheiden sind; Schnapp, v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20, Rn. 40f.; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 62f..

³⁹² Karpen, Rechtsstaat, S. 44 m. w. N.; Schnapp, a.a.O., Rn. 39.

³⁹³ Ossenbühl hebt zurecht hervor, dass die Staatsfunktionen so verteilt sein müssen, dass die Staatsaufgaben von den am besten geeigneten Organen wahrgenommen werden (Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 [549]).

³⁹⁴ H. M., Kruse, Richterrecht, S.14; Kunig, Einzelfallentscheidungen, Jura 1993, 308 (310); Ossenbühl, a.a.O., S. 546; Scheffelt Rechtsprechungsänderung, S. 172ff..

³⁹⁵ In: M/D/H/S, GG II, Art. 20 V Rn. 5; Ossenbühl, a.a.O., S. 547.

³⁹⁶ Art. 20 II GG sagt nichts über Gewaltenteilung und -balance aus, Bock, Rechtsnormcharakter, S. 23; Hesse, Grundzüge, Rn. 477; Ossenbühl, a.a.O., S. 546; st. Rspr. - BVerfGE 95, 1 (15f.).

³⁹⁷ Art. 20 II GG hat keine Zuweisungsfunktion und entscheidet nicht über die den Organen der Gewalten zukommenden Aufgaben und Befugnisse; Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 79; Schnapp, v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 41.

³⁹⁸ Verteidigungsfall, Art. 105a GG; RVO-Befugnis, Art. 80 GG.

³⁹⁹ BVerfGE 9, 268 (279); 22, 106 (111); 30, 1 (27f.); 34, 52 (59); 68, 1 (87); Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 66.

Legislative, Exekutive oder Judikative zu erkennen.⁴⁰⁰ Die drei Gewalten müssen voneinander isolierbar sein können.⁴⁰¹ Jeder Gewaltausübung entspricht deshalb grundsätzlich eine Entscheidungsform: Diese drei Formen unterscheiden sich in ihrer Wirkungsweise und Verbindlichkeit.⁴⁰²

Eine ausdrückliche Aufgabenzuweisung enthält Art. 92 GG, indem er der Judikative das Monopol der Machtausübung im Bereich der Rechtsprechung sichert.⁴⁰³ Dieses Monopol der Funktionsausübung existiert nur für die Rechtsprechung.⁴⁰⁴ Die Zuweisung des Monopols bedeutet im Gegenzug aber nicht, dass die Rechtsprechung von der Ausübung anderer Arten der Staatsgewalt ausgeschlossen ist.⁴⁰⁵

Bei diesem Verfassungsverständnis erlaubt das Grundgesetz im hier interessierenden Zusammenhang Rechtssetzung grundsätzlich durch alle drei Staatsgewalten, wobei der Gesetzgeber der primäre Rechtssetzer ist.⁴⁰⁶ Dieses Verhältnis darf durch exekutive oder judikative Rechtssetzung nicht angetastet werden (Kernbereichslehre).

Tätigkeiten der Exekutive und der Judikative müssen jeweils darauf hin untersucht werden, ob sie im originär diesen Gewalten zugewiesenen Bereich oder im Bereich einer anderen Gewalt angesiedelt sind. Ist letzteres der Fall, muss festgestellt werden, ob eine zulässige Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes vorliegt.

Der Schluss von einer Handlung der Judikative auf deren reinen Einzelfallcharakter greift zu kurz.⁴⁰⁷ Vielmehr ist festzustellen, ob die Judikative im Bereich der Legislative tätig wird und tätig werden darf.

Überlegungen, die in Art. 80 GG eine Sonderregelung für die Exekutive sehen, aus der zu schließen sei, dass nur diese neben dem Gesetzgeber zur Rechtssetzung befugt ist⁴⁰⁸, sind zu eng. Art. 80 GG erlaubt der Exekutive eine Vertretung des Gesetzgebers in von diesem festgelegten Fällen. Aus dieser Vertretungsbefugnis kann aber nicht gefolgert werden, dass der Exekutive überhaupt keine originäre Rechtssetzungsbefugnis zusteht. Es ist zu bedenken, dass das Grundgesetz anders als bei Art. 92 GG die Aufgaben von Legislative und Exekutive nicht abgrenzend beschreibt. Daher kann die Regelung des Art. 80 GG auch so verstanden werden, dass die Exekutive von ihrer Regelungsbefugnis nur ausnahmsweise Gebrauch machen darf.

Die Exekutive wendet die Gesetze als erste mit deutlicher Wirkung für die Rechtsunterworfenen an (Bestandskraft des Verwaltungsakts). Sie muss dabei zuallererst deren korrekte Handhabung sicherstellen. Dies hat zur Folge, dass die Exekutive bereits als Vorstufe der Judikative⁴⁰⁹ Sinn und Zweck der Regelungen zu erkennen versucht und sich bei Regelungslücken zu eigenen Entscheidungen, wie die Lücken zu füllen sind, durchringen

⁴⁰⁰ Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 V Rn. 66; Ossenbühl, Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (548).

⁴⁰¹ Leisner geht davon aus, dass die Verfassung die Gewalten voneinander abgrenzt, sie aber nicht definiert (Allgemeine Bindung, S. 43). Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 40f..

⁴⁰² Vgl. auch Bock, Rechtsnormcharakter, S. 23.

⁴⁰³ Bock, a.a.O., S. 23f.; Haas, Landesrecht, DVBl. 1957, 368 (371).

⁴⁰⁴ Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 175; Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 41; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 69.

⁴⁰⁵ Bock, Rechtsnormcharakter, S. 23 Fn. 95. Es kann insbesondere in Randbereichen zu Überschneidungen der Gewalten kommen (vgl. Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 85; Schultze-Fielitz, a.a.O., Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 70). Das ist letztlich Folge der Kernbereichslehre des BVerfG (vgl. E 9, 268 [279f.]; 30, 1 [27ff.]; 95, 1 [15f.]).

⁴⁰⁶ Dies ergibt sich aus den Regelungen über das Gesetzgebungsverfahren in den Artt. 72ff. GG und die Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes. Der Bereich der Gesetzgebung als wesentlichster Rechtssetzung wird im föderalistischen Staat aufgeteilt und der oberste Gesetzgeber durch Verfassungsbestimmung identifiziert (Bundestag). Doch auch hier ist bereits ein Mitwirken der Exekutive vorgesehen (Bundesrat, Bundesregierung), das durch das Recht der Exekutive zur Verordnungsgebung (Art. 80 GG) noch erweitert wird; so die h. M..

⁴⁰⁷ So auch Bock, Rechtsnormcharakter, S. 23.

⁴⁰⁸ Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 197ff..

⁴⁰⁹ So auch P. Kirchhof, Richterliche Rechtsfindung, NJW 1986, 2275 (2279); Hesse, Grundzüge, Rn. 550.

muss. Schon die Exekutive konkretisiert die gesetzlichen Regelungen.⁴¹⁰

Deshalb geht eine neuere Ansicht in der Literatur davon aus, dass die Exekutive mit einem Teil ihrer Verwaltungsvorschriften selber unmittelbares Außenrecht setzen kann.⁴¹¹ Dieses Rechtssetzungsbefugnis wird ausgehend von der exekutiven Befugnis zur Einzelfallentscheidung nach den Artt. 83ff. GG (i.V.m. Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) begründet, mit der die Festsetzung des gesetzlichen Sprachgebrauchs einhergeht.⁴¹² Dieses Definitionsbefugnis verbunden mit der Bürgergerichtetheit des Gesetzesvollzugs im Einzelfall rechtfertigt die Außenwirkung hierauf unmittelbar bezogener Verwaltungsvorschriften.⁴¹³ Ergänzt um das funktionale Element der Gewaltenteilung (Bestimmung der exekutiven Befugnisse) wird die administrative Kompetenz zur teilweisen Außenrechtssetzung durch Verwaltungsvorschriften als "eigene bzw. originäre Rechtssetzungsbefugnis der Exekutive im Gegensatz zur derivativen i.S. des Art. 80 Abs. 1 GG"⁴¹⁴ verstanden. Nach dieser Ansicht ist die Exekutive kraft verfassungsummittelbarer Zuweisung zum Erlass außengerichteter Verwaltungsvorschriften befugt.

Der geschilderte Ansatz zeigt, dass das Grundgesetz neben der unechten (zuschiebenden) Delegation⁴¹⁵ der Rechtssetzungsbefugnis an die Exekutive durch Art. 80 GG dieser auch eigene Rechtssetzungsbefugnisse zuweisen könnte.⁴¹⁶ Dies unterstreicht, dass sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip kein absolutes Rechtssetzungsverbot für Exekutive und Judikative ergibt, da ihnen die Befugnis zur Rechtssetzung bereits aus eigenem Recht zustehen kann. Das Gewaltenteilungsprinzip garantiert dann allein, dass der Gesetzgeber primärer Rechtssetzer im Staate bleibt.⁴¹⁷

Die Exekutive verfügt auf vielen Feldern über ein größeres Wissen als der Gesetzgeber. Dieses Wissen macht Art. 80 GG fruchtbar⁴¹⁸ und ordnet seine korrekte Umwandlung in Normen an.

Auch im Bereich der exekutiven Rechtssetzung nach Art. 80 GG kommt es zu Rechtskonkretisierungen. Jeder Rechtsverordnungserlass ist eine Konkretisierung der Regelungen des ermächtigenden Gesetzes.⁴¹⁹ Auch hier ist die Unterscheidung zwischen Rechtssetzung und -konkretisierung somit schwierig.⁴²⁰ Dennoch wird nicht behauptet, es läge keine materiellgesetzliche Regelung und echte Vertretung des Gesetzgebers vor. Nach der Lehre über die unmittelbare Außenwirkung einzelner Verwaltungsvorschriften erfolgt auch in diesen die Konkretisierung des Gesetzes.

Im Wirkkreis des Gewaltenteilungsprinzips besteht demnach stets die Schwierigkeit der Unterscheidung von Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung⁴²¹, unabhängig davon, ob Rechtsfortbildung durch Judikative oder Exekutive erfolgt. Richter bilden das Recht eben zwangsläufig mit jeder Rechtsprechung fort.

Diese Realität macht das Gewaltenteilungsprinzip zusätzlich neutral gegenüber der Rechtssetzung durch eine der anderen Gewalten. Die Befugnisse der Gewalten können daher nicht allein ausgehend von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG festgelegt werden, sondern nur in der Zusammenschau mit den anderen grundgesetzlichen Vorschriften, die die

⁴¹⁰ Hesse, Grundzüge, Rn. 547ff.

⁴¹¹ Vgl. Erbguth, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1998, 473; Di Fabio, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1992, 1338; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften; a. A. Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 17; J. Wolf, Kompetenz der Verwaltung, DÖV 1992, 849.

⁴¹² So auch Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 146.

⁴¹³ Im Einzelnen Erbguth, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 (480f. m. w. N.).

⁴¹⁴ Erbguth, a.a.O., S. 481 m. w. N..

⁴¹⁵ Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 80 Rn. 5.

⁴¹⁶ Di Fabio, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1992, 1338 (1344).

⁴¹⁷ Ähnlich Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 145.

⁴¹⁸ Erbguth, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 (481).

⁴¹⁹ Erbguth, a.a.O., S. 479; Hesse, Grundzüge, Rn. 547ff..

⁴²⁰ Erbguth, a.a.O., S. 479.

⁴²¹ Erbguth, a.a.O., S. 479 m. w. N..

funktionalen Aufgaben der verschiedenen Staatsgewalten beschreiben (Artt. 83ff., 92ff. GG).

Die doppelt herausgehobene Stellung der Exekutive war der Grund, warum der Vorbehalt des Gesetzes ins Grundgesetz aufgenommen wurde: Durch ihn soll die Legislative vor Übergriffen der Exekutive in ihren Machtbereich geschützt werden.⁴²² Die Zusammenschau von Art. 80 GG und dem Gesetzesvorbehalt macht deutlich, dass das Grundgesetz die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive dezidiert regeln wollte. Der Übertritt der Exekutive in den Bereich der Legislative ist durch Art. 80 GG nur punktuell gestattet worden. Die Vertretung des Gesetzgebers durch die Verwaltung ist grundsätzlich nicht gewollt.⁴²³ Eine ähnliche Regelung lässt sich dem Grundgesetz für das Verhältnis von Legislative und Judikative nicht entnehmen.

Auch die Exekutive als Anwenderin des Gesetzesrechts muss dieses auslegen, so dass sie ähnlich der Judikative das Recht fortentwickelt, um es handhabbar zu machen. Allerdings muss sie dabei immer der Korrektur durch die Judikative gewärtig sein. Diese ist jedoch nicht umfassend zugelassen. Insbesondere bei Ermessensentscheidungen hat die Judikative nur einen begrenzten Überprüfungsspielraum.⁴²⁴ Hier entscheidet das Rechtsverständnis der Exekutive somit endgültig. Im Gegensatz zur Exekutive ist somit die Judikative grundsätzlich unbegrenzt befugt, das Recht fortzubilden.⁴²⁵

Wird die Rechtsprechung im Felde des Gesetzgebers tätig, so gilt, dass sie Recht setzt.⁴²⁶ Aufgrund der drei Arten der Ausübung von Staatsgewalt kommt eine andere Bezeichnung des Ergebnisses der richterlichen Vertretung des Gesetzgebers nicht in Betracht: Rechtsprechung schafft Recht.⁴²⁷

Das Fehlen einer Regelung wie Art. 80 GG, die die Befugnis der Gerichte zur Rechtssetzung beweist, bedeutet nicht, dass ihnen diese Befugnis fehlt.⁴²⁸ Art. 80 GG enthält die Befugnis der Exekutive zur Vertretung des Gesetzgebers: Der Gesetzgeber lässt sich hier vertreten, weil die Exekutive die bessere Übersicht über die Sachlage hat.⁴²⁹ Bei richterlicher Rechtsfortbildung handelt es sich demgegenüber um eine originäre Befugnis der Rechtsprechung. Im Gegensatz zur Notwendigkeit der klaren Abgrenzung der Befugnisse von Exekutive und Legislative bei Schaffung des Grundgesetzes, war die Arbeitsweise der Rechtsprechung nicht zweifelhaft. Die auch vom Grundgesetz anerkannte Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung⁴³⁰ bedeutet - unabhängig von der Frage nach der Bindungswirkung des Richterrechts - eine Symbiose von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Die Diskussionen um die Behandlung von Richterrecht zeigen, dass das Bewusstsein dafür, dass Gerichte teilweise über die Vorgaben des Gesetzgebers hinaus gehen, immer vorhanden war. Diese Arbeitsweise sollte nicht reformiert werden. Ihre Funktion, das vom Gesetzgeber geschaffene Recht zu beleben (law in action), wurde der Rechtsprechung nie streitig gemacht.⁴³¹

Auch wenn Art. 92 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG grundsätzlich eine Trennung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung vorsieht, erfordert dieser Trennungsgrundsatz

⁴²² Ossenbühl, Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (546ff.); Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 192.

⁴²³ Vgl. nur Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 80 Rn. 2. Dies gilt auch, wenn man der Lehre von der Außenwirkung einiger Verwaltungsvorschriften folgt, da diese Art. 80 GG als Einschränkung der originären exekutiven Rechtssetzungsbefugnis versteht (vgl. Erbguth, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 [483]).

⁴²⁴ Vgl. nur Schmitt Glaeser, VerwProzessR, Rn. 159ff..

⁴²⁵ Ebenso Amberg, Rechtsprechung, S. 308.

⁴²⁶ Hesse, Grundzüge, Rn. 549; Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 545.

⁴²⁷ Röhl, a.a.O., S. 545; Scholz, Arbeitsverfassung, DB 1972, 1771 (1774ff.); soweit besteht Einigkeit.

⁴²⁸ Vgl. auch Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 198.

⁴²⁹ Dies entspricht dem Gedanken, dass staatliche Entscheidungen möglichst von geeigneten Organen getroffen werden, vgl. Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 66.

⁴³⁰ S.o. C I.

⁴³¹ Vgl. Hesse, Grundzüge, Rn. 548.

Ausnahmen.⁴³² Eine solche ist die Rechtsfortbildungsbefugnis der Rechtsprechung. Sie stellt eine systemnotwendige Ausnahme dar, da die Rechtsordnung zu ihrem Funktionieren auf die richterliche Rechtsfortbildung angewiesen ist. Insoweit ist die Gewaltenteilung eher eine Gewaltenzusammenarbeit: die Verschränkung der Gewalten ist notwendig, um orientiert am Gemeinwohl eine funktionierende Rechtsordnung zu schaffen und zu erhalten.⁴³³

Rechtsprechung ist exklusive staatliche Gewaltausübung durch die Judikative.⁴³⁴ Insofern kann die Kernbereichslehre des Bundesverfassungsgerichts für Legislative und Exekutive gegenüber der Judikative keine Rolle spielen. Dieser ist ein Zuständigkeitsbereich eben exklusiv zugewiesen. Anders ist es zwischen Legislative und Exekutive, deren Kompetenzbereiche nicht ausdrücklich beschrieben sind.

Durch Art. 92 GG wird die Rechtsprechung⁴³⁵ zwar gegenüber den beiden anderen Staatsgewalten privilegiert⁴³⁶, daraus kann jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Rechtsprechung von der Ausübung anderer Staatsgewalt ausgeschlossen ist.⁴³⁷ Es entspricht vielmehr der h. M., dass sich die richterliche Tätigkeit nicht auf die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt beschränkt, sondern die Gerichte auch bestimmte exekutivische und legislative Befugnisse haben.⁴³⁸ Wenn Exekutive oder Judikative im Bereich der Legislative tätig werden, so ist dies kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung.⁴³⁹ Aufgrund der historischen Erfahrung regelt das Grundgesetz in Art. 80, unter welchen Bedingungen und in welcher Art und Weise die Exekutive materielle Gesetze in ausdrücklicher Vertretung des Gesetzgebers schafft.⁴⁴⁰ Eine ausdrückliche Regelung der Vertretung des Gesetzgebers durch die Judikative war nicht erforderlich, da weder historische noch praktische Gründe danach verlangten, die Vertretung des Gesetzgebers durch die Gerichte zu fixieren und gegenüber der Legislative, deutlicher als in Art. 92 GG formuliert, abzugrenzen.⁴⁴¹ Der Streit darüber, wie das Ergebnis der Rechtsschöpfung durch den Richter zu behandeln ist, ändert hieran nichts.⁴⁴² Das Grundgesetz verweigert das Richterrecht nicht.⁴⁴³ Es kennt aber auch keine andere Art der Ausübung von Staatsgewalt, als die drei genannten. Die Frage, wie Richterrecht zu behandeln ist, ist deshalb eine Frage, die die Auseinandersetzung mit dem Rechtssetzungsbegriff und nicht dem Rechtsprechungsbegriff verlangt.⁴⁴⁴

⁴³² Vgl. nur Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG III, Art. 92 Rn. 38.

⁴³³ Sinn der Gewaltenteilung ist nicht die scharfe Trennung der Gewalten, sondern deren gegenseitige Begrenzung und Kontrolle zur Mäßigung der Staatsmacht und um Schutz der Freiheit des Einzelnen (st. Rspr. - BVerfGE 3, 255 [247]). Dieses Ziel bestimmt auch das Zusammenwirken der Staatsgewalten (vgl. auch Park, Verfassungskonforme Auslegung, S. 152 f.).

⁴³⁴ Bettermann, in: HdbStR III, § 73 Rn. 4; Hesse, Grundzüge, Rn. 547; Heyde, in: HdbVerfR, § 33 Rn. 6f.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG Art. 92 Rn. 11. Ausnahmen: Artt. 10 II 2 u. 84 IV 1 GG.

⁴³⁵ Grundsätzlich zur Rechtsprechung und Stellung des Richters vgl. Thomas, Richterrecht.

⁴³⁶ Hesse, Grundzüge, Rn. 552; Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 175; Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 41.

⁴³⁷ Ebenso Scheffelt, a.a.O., S. 177; indifferent Stahl, Bindung der Staatsgewalten, S. 167.

⁴³⁸ Scheffelt, a.a.O., S. 177, 180; Bock geht davon aus, dass die Wahrnehmungsbefugnis sich auch im Wortlaut des Art. 92 GG zeigt, der die drei Begriffe (Gericht, Richter und rechtsprechende Gewalt) gesondert aufführt (Rechtsnormcharakter, S. 24).

⁴³⁹ Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 54ff.; Olzen, Rechtswirkungen, JZ 1985, 155 (159); Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 173ff..

⁴⁴⁰ Eine Ansicht nimmt sogar an, dass die Exekutive ein originäres Rechtssetzungsrecht habe (vgl. nur Kloepfer, Vorbehalt des Gesetzes, JZ 1984, 685 [693]).

⁴⁴¹ Ähnlich H. P. Schneider, Richterrecht, S. 31f..

⁴⁴² Gedanke findet sich im Ansatz auch bei Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 154, der ihn aber nicht weiter verfolgt. Auch BVerfG erkennt Richterrecht an, indem es dessen Grenzen festschreibt, E 65, 182 (190ff.); 69, 315 (371); 82, 6 (12); 87, 273 (280).

⁴⁴³ Scheffelt, a.a.O., S. 226.

⁴⁴⁴ Rechtsprechung und Rechtsanwendung sind immer auch Rechtssetzung. Daher entfallen Teile der Rechtssetzung auf die Begriffe Rechtsprechung und Rechtsanwendung (s.o. B V).

Es bleibt festzuhalten, dass die Frage der Gewaltenteilung und der Vertretung des Gesetzgebers durch eine der anderen beiden Staatsgewalten nicht allein in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG sondern in Verbindung mit den Artt. 80, 83ff. und 92ff. GG geregelt ist.

*Ossenbühl*⁴⁴⁵ geht sogar soweit, Exekutive und Judikative eine Normsetzungskompetenz einzuräumen, die diese ermächtigt, im Falle des Versagens des Gesetzgebers dessen Aufgaben ganz zu erfüllen. Es entspräche den Vorstellungen des Grundgesetzes, dass immer dann, wenn der Gesetzgeber seine Pflichten nicht erfülle, dies durch eine der anderen Gewalten geschehen müsse. Der Grundsatz der Gewaltenteilung diene nicht nur der Ausbalancierung der Staatsfunktionen, sondern eröffne bei Versagen einer Gewalt die Kompetenz der anderen beiden Gewalten, stellvertretend Aufgaben wahrzunehmen.⁴⁴⁶

In Randbereichen der Gewaltenteilung, die der Gesetzgeber gar nicht wirksam ausfüllen kann, lässt sich bei diesem Ansatz aus dem Gewaltenteilungsprinzip folgern, dass hier eine originäre Kompetenz für Judikative und Exekutive eröffnet wird. Das Handeln dieser Gewalten muss dann Rechtssetzung sein.

Richter haben die Auslegungs- und die dieser nachfolgende Normanpassungsbefugnis. Sie wird ihnen nicht nur vom Gesetzgeber insbesondere durch die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen eingeräumt.⁴⁴⁷ Auch das Grundgesetz billigt ihnen die Befugnis zu. So wie das Gesetz die Rechtsquelle ist, der die Rechtsnorm entnommen wird, muss auch dem Präjudiz eine Norm entnommen werden.⁴⁴⁸

Dies ist die notwendige Reaktion, um in einer umfassenden positiven Rechtsordnung die Handhabung des Rechts zu ermöglichen und damit seine Streitschlichtungsfunktion wahren zu können. Deshalb ist die Rechtsfortbildungsbefugnis der Richter auch im Grundgesetz anerkannt.⁴⁴⁹

c) Wirkung richterlicher Rechtsfortbildung

Setzen Judikative oder Exekutive Recht, so begeben sie sich aus dem ihnen deutlich zugewiesenen Gewaltenteilungsbereich (Streitentscheidung oder Gesetzesvollzug) hinaus.⁴⁵⁰

Da primäre Aufgabe des Gesetzgebers die Schaffung von Gesetzen⁴⁵¹, d.h. von abstrakt-generellen Regelungen mit Allgemeinverbindlichkeit ist, so müsste eine Rechtsfortbildung dieselbe Wirkung haben.⁴⁵² Für exekutivische Normsetzung gem. Art. 80 GG ist dies unbestritten - sie hat gesetzesgleiche Wirkung.⁴⁵³

Eine Art. 80 GG vergleichbare Regelung findet sich für die Judikative nicht.⁴⁵⁴ Weil Art. 80 GG aber ein Fall der echten Vertretung des Gesetzgebers durch die Exekutive ist, kann aus der Norm nichts über die originäre Befugnis der Judikative und Exekutive zur Rechtssetzung abgeleitet werden. Da die Judikative aber zur Vertretung, Ergänzung und Konkretisierung des Gesetzgebers in Gestalt von Richterrecht befugt ist⁴⁵⁵, kann nicht

⁴⁴⁵ Ossenbühl, Richterrecht, S. 18f..

⁴⁴⁶ So Ossenbühl, a.a.O., S. 19.

⁴⁴⁷ Kruse, Richterrecht, S. 7f.: Die Rechtssetzungsbefugnis der Gerichte ergibt sich aus den "offenen Normen des Gesetzes".

⁴⁴⁸ Kruse, a.a.O., S. 10.

⁴⁴⁹ S.o. C.

⁴⁵⁰ Vertretung der jeweils andere Gewalten ist erlaubt, Umkehrschluss aus Wesentlichkeitstheorie des BVerfG (E 34, 165 [92f.]; 41, 251 [260]; 47, 46 [78]; 49, 89 [127]).

⁴⁵¹ Ausnahme z. B. Feststellung des Verteidigungsfalles durch das Parlament, Art. 115a GG.

⁴⁵² Leisner, Allgemeine Bindung, S. 43f., geht zunächst davon aus, dass das Grundgesetz die Frage der Wirkungsweise des Richterrechts offen ließe.

⁴⁵³ Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 80 Rn. 4; Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 162f.; vergleichbare Regelung in § 31 II BVerfGG i. V. m. Art. 94 II 1 GG.

⁴⁵⁴ Neuner, Rechtsfortbildung contra legem, S. 59.

⁴⁵⁵ Vgl. Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 172ff. u. 219 (er prüft alle GG-Normen); s.o. C I.

einfach abgelehnt werden, dass die Rechtsschöpfung durch die Judikative ebenfalls (materielles) Gesetz ist, also gesetzesgleiche Wirkung hat.⁴⁵⁶ Dabei ist noch einmal zu unterstreichen, dass sich die Problematik der Bindungswirkung nur bei den Teilen des Urteils auftut, die allgemeine Aussagen treffen und nicht der Rechtskraft unterfallen.⁴⁵⁷

Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG spricht die staatliche Befugnis zur (materiellen) Gesetzgebung aus. Eine echte Vertretung des Gesetzgebers bei dieser Aufgabe normiert Art. 80 GG. Damit unterstreicht die grundgesetzliche Regelung die Intention, insbesondere den Gesetzgeber gegen Übergriffe der Exekutive in dessen Gewaltbereich zu schützen.⁴⁵⁸

Unter Berücksichtigung der Sondersituation der Judikative und der Zulässigkeit des Richterrechts unter dem Grundgesetz sowie nach der Methodenlehre, kann der Schluss gezogen werden, dass "schöpferisches Richterrecht" unter dem Grundgesetz nicht nur "normähnlich"⁴⁵⁹, sondern Gesetz im materiellen Sinne ist.⁴⁶⁰

Reinhardt gibt die Begründung dafür, warum der Rechtsfortbildungsauftrag nicht allein als Rechtsanwendungs- sondern auch als Rechtsfortbildungsbefugnis zu verstehen ist: Richter bilden materielle Maßstäbe.⁴⁶¹ Das Grundgesetz ist für eine gewisse Verschiebung vom Gesetzesstaat hin zum auch durch richterliche Normen geprägten Rechtsstaat offen.⁴⁶² Der Richter wird selber zum Gesetzgeber, da sein Spruch nicht nur Erkenntnis sondern auch Willensakt ist.⁴⁶³ Die Normgeltung des Richterrechts lässt sich also aus dem gesetzten Recht ableiten.⁴⁶⁴ Dieser Erkenntnis widerspricht das Grundgesetz nicht.

Dem Gesetzgeber steht es zu, innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben Grundstrukturen der einfachgesetzlichen Rechtsordnung zu ändern. Der Richter muss sie grundsätzlich beachten, Art. 97 Abs. 1 GG. Dies resultiert daraus, dass der Gesetzgeber erster Rechtsschöpfer im Staate ist: ihm obliegt nach der Verfassung die Grundkonstruktion der Rechtsordnung innerhalb der verfassungsrechtlich vorgegebenen Grenzen.

Eine grundlegende Gestaltungsmacht hat die Rechtsprechung ebenso wenig wie die Exekutive. Einzige Ausnahme ist das Bundesverfassungsgericht.⁴⁶⁵ Es darf verbindlich alle Staatsgewalten korrigieren. Dabei darf nicht vergessen werden, dass alle Gerichte zur verfassungskonformen Auslegung der Gesetze verpflichtet sind, Art. 100 GG.

Das Grundgesetz schließt nicht aus, dass die Ausfüllung der Rechtsordnung durch andere Rechtsetzer als den Gesetzgeber erfolgt.⁴⁶⁶ Die so entstandenen Normen sind nach ihrer Entstehungsweise zu qualifizieren und nach ihrer Rechtswirkung zu befragen.⁴⁶⁷

Die Ergebnisse der Ausfüllungsbemühungen gesetzlicher Regelungen sind mit dem formellen Gesetz identisch, verdrängen es also nicht, sondern haben gesetzesartige Wirkung.⁴⁶⁸ Vertritt insbesondere die Rechtsprechung den Gesetzgeber, so bleibt sie für das

⁴⁵⁶ Leisner Allgemeine Bindung, S. 58; ders., Richterrecht, DVBl. 1986, 705 (707).

⁴⁵⁷ Siehe auch Amberg, Rechtsprechung, S. 316.

⁴⁵⁸ BVerfGE 24, 184 (197); 34, 52 (59f.); Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 80 Rn. 1f.; Maunz, in: M/D/H/S, GG IV, Art. 80 I Rn. 1f..

⁴⁵⁹ Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 159.

⁴⁶⁰ So auch Leisner, Richterrecht, DVBl. 1986, 705 (706f.).

⁴⁶¹ Konsistente Jurisdiktion, S. 409ff.; ebenso Kruse, Richterrecht, S. 8ff.; Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 164.

⁴⁶² Bettermann, in: HdbStR III, § 73 Rn. 17; ForsthoFF, Umbildung, in: FS C. Schmitt, S. 35 (insbes. S. 58ff.); Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 182.

⁴⁶³ Kruse, Richterrecht, S. 9.

⁴⁶⁴ Kruse, a.a.O., S. 8.

⁴⁶⁵ § 47 VwGO enthält eine ähnliche Gestaltungsmacht des OVG hinsichtlich der Nichtigkeitsklärung (bestimmter) Rechtsvorschriften im Rang unter dem Gesetz.

⁴⁶⁶ BVerfGE 13, 318; 15, 226 (233); Olzen, Rechtswirkungen, JZ 85, 155 (158); Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, S. 464; Scheffelt, a.a.O., S. 161f.; s.o. C I.

⁴⁶⁷ Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 80 Rn. 7.

⁴⁶⁸ Leisner, Richterrecht, DVBl. 1986, 705 (707); Säcker, in: MüKo, BGB I, Einl. Rn 85ff.; Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 159. Für RVO Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 80 Rn. 4.

Ergebnis der Rechtsfortbildung - wie der Gesetzgeber bei seiner Rechtsschöpfung - selbst verantwortlich.⁴⁶⁹ Sie kann sich nicht auf subsidiäre Rechtsquellen berufen⁴⁷⁰, sondern ist selber Rechtsquelle.⁴⁷¹ Richterrecht ist eine der Zuständigkeit nach dem Gesetz untergeordnete Rechtsquelle, in seiner Geltungsbegründung dem Gesetz aber gleichgeordnet.⁴⁷²

Die Allgemeinverbindlichkeit des Richterrechts ist unmittelbare Folge der richterlichen Rechtsfortbildungsbefugnis.⁴⁷³ Weil die Gerichte vom Gesetzgeber (bezogen auf dessen Kodifikationen) und vom Grundgesetz (bezogen auf die Lücken der Kodifikationen) den Rechtsfortbildungsauftrag erhalten haben⁴⁷⁴, vertreten sie den Gesetzgeber an dieser Stelle vollständig.⁴⁷⁵ Das Produkt der Vertretung des Gesetzgebers muss dieselbe Wirkung wie das Gesetz haben, denn sonst wäre die Vertretung unvollständig.⁴⁷⁶ Die Rechtsfortbildung ist überkommene Aufgabe des Richters⁴⁷⁷. Daher kommt es nicht darauf an, in welcher Art und Weise sich die Rechtsfortbildung vollzieht.⁴⁷⁸ Der Auftrag, den Gesetzgeber zu vertreten, ist umfassend. Aus den Normen, die den Richter zur Rechtsfortbildung ermächtigen, folgt auch die allgemeine Bindungsanordnung⁴⁷⁹: die Gesetze ermächtigen zur Rechtsbildung innerhalb der Vorgaben der Rechtsordnung. Der Verfassungsauftrag⁴⁸⁰ erweitert die Befugnis des Richters auf die Füllung gesetzlicher Lücken.

Wenn der Richter so an die Stelle des Gesetzgebers tritt, muss seine Rechtsfortbildung allgemeinverbindlich sein.⁴⁸¹ Die Wirkung des von der Rechtsprechung geschaffenen Rechts bemisst sich nach der Wirkung des fortgebildeten Rechts. Dieser Wirkungszusammenhang zeigt sich auch beim Verordnungsrecht, das die Exekutive erlässt: jede Rechtsverordnung ist materielles Gesetz und dem Parlamentsgesetz im Rang nachgeordnet. Nur dann werden Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gewährleistet: Das fortgebildete Recht kann dem Einzelfall nur zugrunde gelegt werden, wenn es auch andere als den vorliegenden Fall erfassen kann. Dies entspricht der Intention des Verbotes des Einzelfallgesetzes in Art. 19 Abs. 1 GG.⁴⁸² Das Richterrecht hat deshalb auf jeder Stufe der Normenhierarchie genau die Wirkung des fortgebildeten Rechts.⁴⁸³ Dabei ist die Verbindlichkeit dennoch auf den eingeschlagenen Rechtsweg beschränkt, weil die Kompetenz der entscheidenden Gerichte nicht weiter reicht.⁴⁸⁴

Das Verfassungsrechtsverhältnis wird vom Grundgesetz dahingehend bestimmt, dass auch

⁴⁶⁹ German, Probleme, S. 369.

⁴⁷⁰ German, a.a.O., S. 369.

⁴⁷¹ German, a.a.O., S. 371.

⁴⁷² Ähnlich Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 471 u. 473.

⁴⁷³ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 59 m. w. N.; Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, S. 462ff.; a. A. Adomeit, Rechtspositivismus, JZ 2003, 161 (166).

⁴⁷⁴ BVerfGE 34, 269 (286f.); Leisner, a.a.O., S. 59.

⁴⁷⁵ Leisner, a.a.O., S. 58; Reimann, Gerichtsgebrauch, DVBl. 1969, 951 (952 m. w. N.); a. A. Scholz, Arbeitsverfassung, DB 1972, 1771 (1776f.).

⁴⁷⁶ Hierauf weist Adomeit hin, wenn er sagt, dass es im Begriff Rechtsfortbildung liegt, "das durch diesen Vorgang das Recht gegenüber dem zuvor bestehenden geändert worden ist" (Rechtsquellenfragen, S. 47). Ebenso Leisner, Allgemeine Bindung, S. 58f..

⁴⁷⁷ S.o. C I.

⁴⁷⁸ Hier hat Reinhardt recht - alle Richterrechtsarten sind gleich einzustufen (Konsistente Jurisdiktion, S. 490f. - nur innerhalb des Instanzenzuges). Ebenso Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 31f..

⁴⁷⁹ Bertelmann, Ratio decidendi, S. 175; F. Müller, Richterrecht rechtstheoretisch, in: FS Uni Heidelberg, S. 65 (79).

⁴⁸⁰ BVerfGE 85, 49 (59f.); 82, 6 (11f.).

⁴⁸¹ Das BVerfG spricht jedenfalls von Rechtsfindung durch den Richter (E 43, 269 [286ff.]).

⁴⁸² Zum Einzelfallgesetz vgl. H. Dreier in: H. Dreier, GG I, Art. 19 Rn. 8ff..

⁴⁸³ Leisner, Richterrecht, DVBl. 1986, 705 (707) unter Verweis auf BVerfGE 66, 116 (138), wo von der normativen Leitung der Rechtsfindung durch (ergänzendes) Richterrecht die Rede ist.

⁴⁸⁴ Dabei ist die Sonderstellung des BVerfG zu beachten.

die Richter zur Erzeugung von Gesetzen im materiellen Sinne berechtigt sind.⁴⁸⁵

Demgegenüber greift die Einschätzung, mit Richterrecht setze die Judikative nur Innenrecht⁴⁸⁶, zu kurz. Der Blick auf die "Innenrechtslehren" zu den Verwaltungsvorschriften zeigt zunächst, dass über die Konstruktion der Selbstbindung der Verwaltung eine quasi-Außenwirkung konstruiert wird. Wird diesem Ansatz gefolgt⁴⁸⁷, so müsste konsequent davon ausgegangen werden, dass mit dem Eintreten der Selbstbindung der Rechtsprechung die Wirkung als Außenrecht eintritt und das Richterrecht Rechtsquelle wird.

Gegen die Übertragbarkeit der Selbstbindungstheorie⁴⁸⁸ spricht jedoch die unterschiedliche Ausgangslage von Exekutive und Judikative. Insbesondere mit der gesetzeskonkretisierenden Verwaltungsvorschrift bestimmt die Exekutive das Verständnis des Gesetzes und definiert damit dessen Tatbestände, was den Vergleich zum Richterrecht offensichtlich macht.⁴⁸⁹ Die Exekutive berechtigt und verpflichtet sich mit den Verwaltungsvorschriften selbst. Sie dienen der einheitlichen Rechtsanwendung seitens der Exekutive.

Dies ist beim Richterrecht anders. Es entsteht aus der Intention heraus, eine Entscheidung über einen Streitfall zu finden, an dem die Judikative gerade nicht beteiligt ist. Die Rechtsprechung definiert dabei zwar die Grundlagen ihrer Entscheidung, zielt damit aber auf Dritte. Zwar wendet die Rechtsprechung das neu erkannte Recht auch an, doch erfolgt die Schöpfung des Rechts von Beginn an mit Außenrichtung.⁴⁹⁰ Hier ähnelt die Rechtsprechung stärker dem Gesetzgeber als der selbstbetroffenen Exekutive. Der Unterschied zwischen Außen- und Innenrecht liegt in der Zielrichtung der Festlegung. Innenrecht⁴⁹¹ ist selbstauferlegte Regel, die sich an den Schöpfer richtet (und dadurch mittelbar gegenüber Dritten Wirkung entfalten kann). Außenrecht zielt dagegen auf Dritte und wird dadurch selbstverständlich für den Rechtsanwender relevant. Wenn schon die Exekutive außenwirkendes Recht in Gestalt einiger Verwaltungsvorschriften setzen darf⁴⁹², kann die Judikative dies erst recht.

Dieser Erkenntnis folgend ist klarzustellen, dass in den einzelnen Rechtsverhältnissen unterschiedliche Arten von Recht erzeugt werden: Im Verfassungsrechtsverhältnis erfolgt die Gesetzgebung, d.h. nach außen wirkende Rechtssetzung in abstrakt-generellen Regelungen mit Allgemeinverbindlichkeit. Die Geltungsweise des so erzeugten Rechts ist die Gesetzesbindung. Auch im Verwaltungs- und Prozessrechtsverhältnis wird Recht gesetzt, das aber seine Geltung nur im Wege der Bestands- und Rechtskraft entfaltet und grundsätzlich⁴⁹³ Individualregelungen umfasst. In allen Rechtsverhältnissen entsteht somit geltendes Recht. Die deutsche Rechtsordnung besteht aus Rechtsbefehlen verschiedener Art. Sie enthält Rechtsinstitute, Rechtsnormen⁴⁹⁴ und andere Rechtsakte, die mit dem Begriff "Einzelanweisung"⁴⁹⁵ zusammengefasst werden können. Diese Erscheinungsformen des Rechts gelten in der positivrechtlich geprägten deutschen

⁴⁸⁵ Ebenso die Exekutive: Art. 80 GG und in den Verwaltungsvorschriften, zumindest soweit der Ermessensspielraum der Verwaltung reicht. Ebenso Kruse, Richterrecht, S. 16.

⁴⁸⁶ So Buchwald, Bindungswirkung, S. 150ff.; Gusy, Richterrecht, DÖV 1992, 461 (466ff.).

⁴⁸⁷ Ablehnend Erbguth, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 (476).

⁴⁸⁸ So aber Ziegler, Selbstbindung.

⁴⁸⁹ S.o. B V.

⁴⁹⁰ Dies ist wesentliches Kriterium für die Lehre von der Außenwirkung der Verwaltungsvorschriften, vgl. Erbguth, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 (477).

⁴⁹¹ So auch die Vertragsregeln im Zivilrecht, die nur die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien festlegen.

⁴⁹² Erbguth, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 (478f.).

⁴⁹³ Ausnahme im Verwaltungsrechtsverhältnis wäre die Allgemeinverfügung die für eine unbestimmte Anzahl von Adressaten gilt.

⁴⁹⁴ Wobei auch der Begriff Rechtsnorm nicht eindeutig ist; vgl. nur Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 3.

⁴⁹⁵ Vgl. F. Kirchhof, Private Rechtssetzung, S. 69.

Rechtsordnung aufgrund staatlicher Erklärung normativ und haben Imperativcharakter.⁴⁹⁶ Der Begriff "Normativität" ist dabei nicht identisch mit dem Begriff "Rechtsnorm", sondern er bezeichnet die Zugehörigkeit eines Rechtsbefehls zur Rechtsordnung, charakterisiert ihn damit als Rechtsbefehl.⁴⁹⁷ Demgegenüber ist die Rechtsnorm eine spezielle Art der Rechtsbefehle.⁴⁹⁸ Sie gilt normativ und wirkt imperativ wie alle Rechtsbefehle, unterscheidet sich von anderen aber durch ihre Generalität und Heteronomität.⁴⁹⁹ Die Rechtsnorm ist also nur eine Rechtserscheinung und nicht der Maßstab der Rechtserscheinungen schlechthin.

Als Teil der Rechtsordnung erhebt jeder einzelne Rechtsbefehl Anspruch auf Beachtung, er "gilt normativ als Recht, weil hinter ihm die tatsächlich beachtete Rechtsordnung steht, zu der er selber zählt. (...) Die normative Geltung der Einzelnorm wird durch einen Zuordnungsakt begründet, welcher den Verhaltensbefehl als der Rechtsordnung zugehörig erklärt."⁵⁰⁰ Die Zuordnungserklärung erfolgt im Verfassungsstaat durch die staatliche Gewalt. Dabei kann der Staat Rechtsbefehle schaffen und für normativ erklären oder Verhaltensbefehle anderer Schöpfer zu Rechtsbefehlen erklären.⁵⁰¹ Diese Normativitätserklärung kann Sätze ganz unterschiedlicher Art erfassen: von abstrakt-generellen bis hin zu konkret-individuellen Regelungen.⁵⁰² Der Inhalt der Regelungen ist somit für ihre Klassifizierung als Recht unerheblich. Die Rechtseigenschaft entsteht allein aufgrund der staatlichen Zugehörigkeitserklärung.⁵⁰³ Durch wen die Erklärung erfolgen darf, regelt die Verfassung, die den drei staatlichen Gewalten die Kompetenz zur Formulierung von Rechtssätzen und deren Anerkennung einräumt.

Im rechtsfortbildenden Urteil finden sich beide Arten von Regelungen. Der im Urteil ausgesprochene konkret-individuelle Rechtssatz wird mit Eintritt der Rechtskraft zum Bestandteil der Rechtsordnung erklärt. Die grundgesetzliche Rechtsfortbildungsbefugnis der Judikative eröffnet die Befugnis, eine solche Zugehörigkeitserklärung abzugeben. Der Zeitpunkt gilt auch für die richterrechtliche Regel: mit Eintritt der Rechtskraft wird sie materielles Gesetz.

Der Geltungsbeginn des von Judikative oder Exekutive erzeugten Rechts ergibt sich aus gesetzlichen Regelungen, die den Eintritt von Rechts- und Bestandskraft bestimmen.⁵⁰⁴ Damit wird die Rechtsgeltung auch im Prozess- und im Verwaltungsrechtsverhältnis durch das Gesetz und damit das Verfassungsrechtsverhältnis bestimmt. Die Geltung allen Rechts der deutschen Rechtsordnung ist damit auf die Verfassung zurückzuführen.

Judikative und Exekutive treten im Verfassungsrechtsverhältnis in Erscheinung, wenn sie rechtsetzend tätig werden. Aus dem Verfassungsrechtsverhältnis ergibt sich daher auch, welche Wirkung die Vertretung des Gesetzgebers hat. Die Befugnis der Judikative, das Gesetzesrecht weiterzubilden, bedeutet, dass auch judikative Vertretung des Gesetzgebers Außenrecht erzeugt.

Exekutive und Judikative sind rechtssetzend tätig, weil der Gesetzgeber mit der Setzung sämtlichen Rechts überfordert wäre.⁵⁰⁵ Wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung sollen

⁴⁹⁶ F. Kirchhof, a.a.O., S. 59.

⁴⁹⁷ F. Kirchhof, a.a.O., S. 46.

⁴⁹⁸ F. Kirchhof, a.a.O., S. 59.

⁴⁹⁹ F. Kirchhof, a.a.O., S. 59, 84ff. u. 95f..

⁵⁰⁰ F. Kirchhof, a.a.O., S. 46.

⁵⁰¹ So Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 88, für die Anerkennung des Gewohnheitsrechts.

⁵⁰² Z. B. Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen (§ 5 TVG), Wirksamkeit von Individualabreden (BGB). Fuß, *Rechtssatz*, DÖV 1964, 522 (525).

⁵⁰³ Kindhäuser, *Geltung*, in: *Staatslexikon II*, Sp. 812.

⁵⁰⁴ § 121 VwGO sowie § 705 ZPO für die Rechtskraft (vgl. Schmitt Glaeser, *VerwProzessR*, Rn. 111) und §§ 80, 123 VwGO zur Bestandskraft. Der Ansatz Stahls, Bindung der Staatsgewalten, S. 25, dass erst höchstrichterliche Entscheidungen verbindlich sein können, ist inkonsequent. Entscheidend ist der Eintritt der Rechtskraft einer Entscheidung.

⁵⁰⁵ Reinhardt, *Konsistente Jurisdiktion*, S. 89: homogener staatlicher Rechtsschöpfungsprozess, der auf der

Rechtssetzung durch Exekutive und Judikative aber die Ausnahme sein. Der Grund dafür ist der geringere Legitimationsgrad dieser beiden Gewalten, deren Hauptaufgaben in der Anwendung und Wahrung des Gesetzesrechts bestehen.⁵⁰⁶ Der unterschiedliche Legitimationsgrad der Gewalten führt unter Umständen zu abgestuften Geltungsansprüchen der exekutiven und judikativen Normen.⁵⁰⁷ Die stark demokratisch legitimierten Normen (Parlamentsgesetze) können mit *Di Fabio* als staatsunmittelbare oder originäre Normen bezeichnet werden.⁵⁰⁸ Die mittelbar legitimierten Normen⁵⁰⁹ sind in diesem Verständnis eingeschränkte Rechtssätze, die sich auf staatlich bestätigte Autonomie stützen. Sie sind mittelbare Rechtssätze.⁵¹⁰ Aber auch sie gelten und sind Rechtsquellen. Die Geltungsansprüche der beiden Rechtsarten müssen unter Rückbezug auf die gesetzliche Regelung bestimmt werden.⁵¹¹

Wenn Exekutive und Judikative rechtssetzend tätig werden, so muss der Grundsatz der Gewaltenteilung auf das Ergebnis dieser Rechtssetzung einwirken: die beiden Gewalten binden sich mit ihrer Rechtssetzung stets auch selber.⁵¹²

Dieses Ergebnis wird durch einen Blick auf Art. 80 GG bestätigt⁵¹³: Wenn die Exekutive materielles Recht nach Art. 80 GG setzt, tritt sie aufgrund dieser Delegation⁵¹⁴ an die Stelle des Gesetzgebers. Mit einer Rechtsverordnung bindet die Exekutive nicht nur andere⁵¹⁵, sondern auch sich selbst. Wenn schon im Falle echter Vertretung des Gesetzgebers diese Bindungswirkung eintritt, muss dies erst recht dort der Fall sein, wo die Judikative das Recht fortbildet. Rechtsfortbildung ist notwendige Begleiterscheinung der Rechtsanwendung.⁵¹⁶ Wenn also das Recht erst über diesen Zwischenschritt seine Wirkung voll entfalten kann, kann die herausgehobene Stellung des Gesetzgebers im Rechtsschöpfungsprozess nur gewahrt werden, wenn die richterliche Rechtsfortbildung als "Kind des Gesetzes" ebenfalls wie das Gesetz wirkt.⁵¹⁷ Auf diese Weise verlängert sich der Einfluss des Gesetzgebers. Hierin besteht der Unterschied zur Rechtssetzung durch den Gesetzgeber, der seine Schöpfung eben nicht zugleich auch anwendet.

Das Gesetz will seinen Vollzug.⁵¹⁸ Es muss durch die Exekutive vollzugsfähig gemacht werden.⁵¹⁹ Die Schaffung der Vollzugsfähigkeit erfolgt auch durch die Rechtsprechung, der der Rechtsfortbildungsauftrag ausdrücklich erteilt ist. Die auf das Gesetz gestützte Rechtsfortbildung nimmt an der Außenwirkung des Gesetzes teil. Dies bedeutet nicht, dass sie Teil des Gesetzesrechts wird.⁵²⁰ Seine volle Wirksamkeit kann das Gesetz nur entfalten, wenn dessen "Sprösslinge" in Gestalt des fortgebildeten Rechts mit der gleichen Verbindlichkeit auftreten.

Daher ist *Leisner* zuzustimmen, der postuliert, dass das Fortgebildete wie das

Grundlage des Gewaltenteilungsgrundsatzes alle drei Gewalten einschließt. Zu den Gründen, die für eine Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung statt die Gesetzgebung sprechen, siehe auch Wank, Rechtsfortbildung, S. 119ff.

⁵⁰⁶ Hesse, Grundzüge, Rn. 549; s.u. B VI.

⁵⁰⁷ *Di Fabio*, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1992, 1338 (1343).

⁵⁰⁸ A.a.O., S. 1343.

⁵⁰⁹ Vgl. Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 57.

⁵¹⁰ *Di Fabio*, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1992, 1338 (1343 m. w. N.).

⁵¹¹ *Di Fabio* spricht von der "besonderen Ermächtigung staatsunmittelbarer Art" (a.a.O., S. 1344).

⁵¹² So auch Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 99.

⁵¹³ *Di Fabio*, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1992, 1338 (1344).

⁵¹⁴ Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 80 Rn. 5.

⁵¹⁵ Bryde, a.a.O., Rn. 4.

⁵¹⁶ S.o. B V.

⁵¹⁷ Im Ansatz ähnlich Coing, Sätze des Richterrechts, JuS 1975, 277 (279).

⁵¹⁸ *Di Fabio*, Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1992, 1338 (1344).

⁵¹⁹ *Di Fabio*, a.a.O., S. 1344.

⁵²⁰ So ein Teil der Ansichten, der im Ergebnis die Allgemeinverbindlichkeit des Richterrechts, das im Gesetzesrecht aufgehen soll, und somit dessen Rechtsquelleneigenschaft ebenfalls bejaht (s.o. B V).

Fortzubildende wirkt.⁵²¹ Die Fortbildung eines materiellen Gesetzes ist ebenfalls materielles Gesetz. Wenn Fortzubildendes und Fortgebildetes von unterschiedlichen Rechtssetzern stammen, ändert sich die Form, in der das Recht auftritt, nicht aber seine Wirkung - ansonsten wäre der Rechtsfortbildungsauftrag unvollständig ausgefüllt bzw. läge keine echte Rechtsfortbildung vor.⁵²²

Die Erzeugung eines materiellen Gesetzes durch Exekutive oder Judikative bedeutet keine Beschränkung des Gesetzgebers.⁵²³ Materielle Rechtsnorm und formelles Gesetz unterscheiden sich voneinander: nur das Gesetz vermag Dauerhaftigkeit und Verbindlichkeit gegenüber allen anderen staatlichen Hoheitsträgern zu beanspruchen.⁵²⁴

Die Gesetzgebungsakte sind gegenüber allen anderen staatlichen Rechtssetzungsakten vorrangig: Der Gesetzgeber kann exekutives und judikatives Recht aufheben⁵²⁵, was umgekehrt grundsätzlich nicht der Fall ist.⁵²⁶

(2) Ergebnis

Richter verfügen aufgrund verfassungsrechtlicher⁵²⁷ und gesetzlicher⁵²⁸ Anordnung über die Befugnis zur Rechtsfortbildung.

Der Auftrag zur Rechtsfortbildung erlaubt nicht nur kreative Rechtsgestaltung, sondern verleiht dem Ergebnis des Gestaltungsprozesses auch bestimmte Wirkungen.

Die Einzelfallentscheidung, die auf eine Rechtsfortbildung zurückgeht, beruht auf Recht. Es ist stringent, dass das Recht und seine jeweilige Fortbildung gleicher Art sind. Das Fortgebildete ist ebenfalls Rechtsquelle.

Der Schluss ist jedoch allein dann zwingend, wenn eine Rechtsquelle, die ursprünglich z. B. vom Gesetzgeber stammt, durch eine Rechtsquelle ergänzt werden kann, die von einem anderen Schöpfer stammt. Dass dies nicht undenkbar ist, zeigt die h. M., die neben dem Gesetzesrecht auch das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle zulässt. Hier können auf einem Rechtsgebiet also einander inhaltlich ergänzende Regelungen aus unterschiedlichen Rechtsquellen vorliegen.⁵²⁹

Das Richterrecht als staatliches Recht muss sich an verfassungsrechtlichen Vorgaben messen lassen. Die Diskussion um die Beteiligung der Rechtsprechung an der Entstehung von Gewohnheitsrecht⁵³⁰ zeigt, dass eine direkte Bezugnahme auf das Richterrecht aus Gründen der Rechtssicherheit⁵³¹ wünschenswert wäre.

Eine Bindung der Rechtsprechung an vorhergehende Entscheidungen ist auch aus Sicht der

⁵²¹ So dezidiert Leisner, Richterrecht, DVBl. 1986, 705 (707), der dem Fortbildungsergebnis konsequent dieselben Eigenschaften wie dem Fortgebildeten zumisst.

⁵²² In diesem Sinne auch Bydlinski (Methodenlehre, S. 504 Fn. 261), der davon ausgeht, dass Richterrecht eine schwächere, weil ggü. dem Gesetz subsidiäre aber als normativ zu beschreibende Bedeutung hat. Dabei versteht er unter subsidiärer Geltung die Anwendbarkeit bestimmter Rechtsnormen, die von der zusätzlichen Voraussetzung abhängt, dass "nicht eine vorrangige, inhaltlich für die Beurteilung des Falles zureichende Norm existiert" (S. 511).

⁵²³ Zur Prärogative des Gesetzgebers vgl. Kriele, Rechtsgewinnung, S. 160, 201 u. 244; Raiser, Richterrecht, ZRP 1985, 111 (115f.).

⁵²⁴ Bock, Rechtsnormcharakter, S. 164; Hesse, Grundzüge, Rn. 504f..

⁵²⁵ Ebenso Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 57 m. w. N., der darauf hinweist, dass der parlamentarische Gesetzgeber die Gesetzgebungsprärogative hat.

⁵²⁶ Ähnlich Bock, a.a.O., S. 165. Ausnahmen sind die Entscheidungen des BVerfG und Entscheidungen nach § 47 VwGO.

⁵²⁷ BVerfGE 34, 269 (288); 49, 304 (316).

⁵²⁸ Z. B. §§ 132 IV GVG, 11 IV VwGO.

⁵²⁹ Schilling, Rang und Geltung, S. 172.

⁵³⁰ S. o. B IV u. V.

⁵³¹ Gerade die Rechtssicherheit verlangt eine Bindung des Richters, vgl. Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 57f.; anders Stahl, Bindung der Staatsgewalten, S. 119ff..

hervorragenden Stellung und demokratischen Legitimation der Gesetzgebung bedeutsam. Es kann nicht im Interesse des Gesetzgebers liegen, wenn die Rechtsprechung ungehindert dieselbe Rechtsfrage unterschiedlich beantworten dürfte.⁵³² Die Vertretung des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung muss im Ergebnis wie das Parlamentsgesetz wirken, um für Rechtssicherheit zu sorgen. Gerade weil die Rechtsprechung letztendlich über Anwendung und Inhalt der Gesetze entscheidet, muss sie an Richterrecht gebunden sein, um dem Gesetzgeber wieder die vorherrschende Stellung im Rechtssetzungsprozess einzuräumen. Dies gewährleistet gerade, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung nicht verletzt wird.⁵³³

Im Hinblick auf die Rechtsprechung kann man von der Janusköpfigkeit des Urteils sprechen, denn es enthält die beschriebenen abstrakt-generellen ebenso wie die konkret-individuellen Bestandteile. Für den entschiedenen Einzelfall vereinigen sich Rechtssetzung und Rechtsanwendung in einem Akt.⁵³⁴ Die Aufgabe der Rechtsprechung, die Wahrung des Rechts und mit dieser die Konkretisierung und Fortbildung des Rechts⁵³⁵, liegt dem grundgesetzlichen Verständnis der Rechtsprechung zugrunde. Die Besonderheit der richterlichen Rechtssetzung macht es erforderlich, mit der Kompetenzeröffnung zugleich die Bindungsanordnung zu verknüpfen. Nur so kann die Vorrangstellung des Gesetzgebers gewahrt werden.

Das gefundene Ergebnis sieht sich einigen Gegenargumenten ausgesetzt, auf die hier und im weiteren Verlauf der Arbeit eingegangen werden soll.

Es wurde bereits festgestellt, dass der Gewaltenteilungsgrundsatz der Normativität des Richterrechts nicht entgegen steht.⁵³⁶

Auch der Hinweis auf eine dem Richterrecht angeblich entgegenstehende Rechtstradition⁵³⁷ greift nicht.

Die Argumentation, normatives Richterrecht sei nicht in derselben Weise gerichtlich überprüfbar wie Gesetzesrecht, da nach Durchlaufen der Instanzen nur noch Verfassungsbeschwerde erhoben werden könne⁵³⁸, überzeugt nicht. Dieses "Manko" besteht nämlich auch, wenn die Rechtsprechung Präjudizien nur faktisch berücksichtigt, ohne dazu verpflichtet zu sein. Die "eingeschränkte Überprüfbarkeit" der Rechtsprechung wird von der deutschen Rechtsordnung hingenommen.

Auf die Behauptung, normatives Richterrecht ließe die Rechtsprechung erstarren⁵³⁹ und abweichungswillige Richter könnten sich der Rechtsbeugung strafbar machen⁵⁴⁰, wird im folgenden näher eingegangen.

3. Art. 20 Abs. 3 GG und das neue Richterrechtsverständnis

Art. 20 Abs. 3 GG bindet Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht um sicherzustellen, dass die Rechtsordnung ihre Wirksamkeit entfalten kann. Der Gesetzgeber selber kann die Einhaltung der Gesetze nicht bewirken und die Verfassung nicht die Beachtung des Rechts.

⁵³² Ebenso Bydliniski, Hauptpositionen, JZ 1985, 149 (152).

⁵³³ I. E. ebenso Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 58.

⁵³⁴ Vgl. Coing, Sätze des Richterrechts, JuS 1975, 277 (287f.); Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn 83.

⁵³⁵ Hesse, Grundzüge, Rn. 548.

⁵³⁶ So aber viele, stellvertretend Amberg, Rechtsprechung, S. 321f.; wie hier Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, insbes. S. 54ff..

⁵³⁷ So Baur, Einheitlichkeit der Rechtsprechung, JZ 1953, 326.

⁵³⁸ So aber Amberg, Rechtsprechung, S. 321.

⁵³⁹ Amberg, a.a.O., S. 320; Neuner, Rechtsfindung, S. 647; Wank, Rechtsfortbildung, S. 37.

⁵⁴⁰ So Amberg, a.a.O., S. 322.

Ausgehend vom Grundsatz der Gewaltenteilung ist es konsequent, dass die Setzung des Rechts und dessen Vollzug generell durch verschiedene Gewalten erfolgt. Die Formel des Art. 20 Abs. 3 GG enthält jedoch mehrere Aussagen⁵⁴¹:

Dies ist zunächst die Entscheidung, dass Gesetz und Recht nicht immer dasselbe sind.⁵⁴² Daraus wird gefolgert, dass im denkbaren Falle des Widerspruchs von Gesetz und Recht die Gesetzesbindung der Rechtsbindung weichen muss.⁵⁴³ Das ist die gerechtigkeitsrechtliche Aussage, die philosophische Dimension des Art. 20 Abs. 3 GG.⁵⁴⁴

Darüber hinaus enthält die Norm aber auch eine rechtstheoretische Aussage. Es ist umstritten, was unter dem Begriff "Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG möglicherweise noch zu verstehen ist.⁵⁴⁵ Die Rechtslehre streitet bereits darum, ob "Gesetz" neben dem Parlamentsgesetz weitere Rechtsnormen erfasst⁵⁴⁶ oder ob diese dem Begriff "Recht" unterfallen.⁵⁴⁷ Die Formulierung könnte einen Hinweis auf das ungeschriebene Recht in Gestalt des Gewohnheits- oder Richterrechts enthalten.⁵⁴⁸ Ungeschrieben bedeutet in diesem Verständnis: nicht vom Gesetzgeber stammend oder aufgrund ausdrücklicher Delegation der Gesetzgebungsbefugnis entstanden.⁵⁴⁹ Wird dieser Aspekt der Formulierung "Gesetz und Recht" betrachtet, so könnte nicht zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht, sondern zwischen Wirkungs- und Gerechtigkeitsfrage zu unterscheiden sein.

Für das Gewohnheitsrecht wird die Zugehörigkeit zu "Recht" teilweise bejaht.⁵⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht spricht davon, dass auch das Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung "Recht" im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG ist - nicht im Gegensatz, sondern als Ergänzung und Weiterführung des geschriebenen Gesetzes.⁵⁵¹ Reinhardt folgert⁵⁵², dass alles, was "Recht im Sinne der Vorschrift ist", mit derselben Verbindlichkeit wie das Gesetz ausgestattet sei.⁵⁵³

Diese Argumentation wird auf die unbestrittene Allgemeinverbindlichkeit des

⁵⁴¹ So auch Fikentscher, Methoden IV, S. 327, der von gesetzeskorrigierender und gesetzesübersteigender Funktion der Regelung spricht. Zum Meinungsstand vgl. Stahl, Bindung der Staatsgewalten, S. 27ff.; zur Entstehung siehe JöR 1951, 199f..

⁵⁴² Gusy, Vorrang, JuS 1983, 189 (193f.); Kaufmann, Gesetz, in: FS E. Wolf, S. 357 (360f.).

⁵⁴³ S.o. C II; Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 7f.; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 449ff.; Schmidt-Abmann, Gesetzesbindung, in: FS Stern, S. 745 (746).

⁵⁴⁴ So auch im Ansatz Gusy, Vorrang, JuS 1983, 189 (193); Schmidt-Abmann, a.a.O., S. 746; BVerfGE 34, 269 (286f.); s.o. C II.

⁵⁴⁵ Kaufmann, Gesetz, in: FS E. Wolf, S. 357 (362); Riggert, Selbstbindung, S. 21ff.; Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 86f.; ausführlich Ossenbühl, in: HdbStR III, § 61 Rn. 17.

⁵⁴⁶ So z. B. Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 Rn. 50; R. Dreier, Rechtsstaat, JZ 1985, 353 (355); Stern, StaatsR I, § 20 IV 4 (S. 800).

⁵⁴⁷ So z. B. Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 43f.; vgl. auch Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 20 Rn. 39. Entsprechende Trennung auch bei Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 84.

⁵⁴⁸ Schultze-Fielitz, a.a.O., Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 85; ausdrücklich Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 99. Gegen eine Unterscheidung in geschriebenes und ungeschriebenes Recht Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 9.

⁵⁴⁹ Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 66; Schreiber, Rechtsnormen, S. 228.

⁵⁵⁰ Gröpper, Gewohnheitsrecht, DVBl. 1969, 945; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 26 unter Bezugnahme auf BVerfGE 78, 214 (227); Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 106; Schultze-Fielitz in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 84; Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 99ff.; a. A. Fikentscher, Methoden IV, S. 326 m. w. N..

⁵⁵¹ E 32, 269 (291), auf S. 29 geht das Gericht davon aus, dass der richterliche Rechtssatz ein Gesetz i.S.d. Art. 5 II GG bilde und somit eine legitime Schranke der Pressefreiheit sein könne. Ebenso Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 545; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 VI 3 Rn. 23; Zippelius, Methodenlehre, § 13.

⁵⁵² Ebenso Riggert, Selbstbindung, S. 24.

⁵⁵³ Konsistente Jurisdiktion, S. 461f.: judikative Maßstabsetzung als materielles Gesetz i.S.d. Art. 20 III, 97 I GG (S. 491). Ebenso Riggert, a.a.O., S. 24.

Gewohnheitsrechts⁵⁵⁴ und auf die Notwendigkeit eines einheitlichen Verständnisses des Begriffs "binden"⁵⁵⁵ gestützt. Auswirkung dieses Verständnisses muss es sein, jeden rechtsfortbildenden Richterspruch, wenn er unter "Recht" i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG fällt, als allgemeinverbindlich zu betrachten.⁵⁵⁶

Dieses Verständnis vorausgesetzt, sind "Gesetz und Recht" zwei verbindliche Erscheinungsformen des Rechts, an die vollziehende und rechtsprechende Gewalt gebunden sind. Vom Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG her ist keine Unterscheidung in der Bindungswirkung von Gesetz und Recht anzunehmen. Demnach muss jede Erscheinung, die dem Begriff "Recht" im Sinne dieser Norm unterfällt, zumindest gesetzesähnliche Bindungswirkung entfalten. Dann muss die richterliche Rechtsfortbildung auch für Verwaltung und Rechtsprechung verbindlich sein.

Damit ist aber im Blick auf die gewaltenteilungsbezogene Differenzierung, die das Grundgesetz bezüglich der Verbindlichkeit von Gesetz und Recht festlegt, noch nicht das letzte Wort gesprochen. Die grundsätzliche Aussage des Art. 20 Abs. 3 GG, dass Gesetz und Recht binden, kann durchaus Unterschiede hinsichtlich der Überwindung der Bindung zulassen.⁵⁵⁷ So ist u.a. aufgrund des Art. 100 GG und der Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts selbst die Gesetzesbindung kein unumstößliches Postulat. Verfassungswidrige Gesetze verlieren ihre zunächst unterstellte Verbindlichkeit mit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung (auch wenn sie rechtstheoretisch von Beginn an nichtig waren). Da die Gesetzgebung unter dem Grundgesetz die hervorragende Art der Rechtssetzung sein soll, ist die Überwindung der Gesetzesbindung nur unter erschwerten Bedingungen möglich. Dies unterstreicht die (umstrittene) Aussage des Art. 97 Abs. 1 GG, die ausdrücklich nur die Gesetzesbindung wiederholt. Darin kann eine Modifizierung der grundsätzlichen Bindung an das Recht liegen, die Art. 20 Abs. 3 GG ausspricht.

Die Abweichungen im Wortlaut der Artt. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG sind nach der hier entwickelten Konzeption⁵⁵⁸ von grundlegender Bedeutung. Art. 97 Abs. 1 GG wiederholt mit der Gesetzesbindung der Judikative nicht einfach die Aussage des Art. 20 Abs. 3 GG, sondern enthält damit auch eine methodische Anweisung an die dritte Gewalt.⁵⁵⁹ Art. 20 Abs. 3 GG ist hinsichtlich der Bindungsanordnung die weiterreichende Vorschrift, da er mit der Radbruchschen Formel auch die Loslösung von der Gesetzesbindung beschreibt.

Über den Begriff "Recht" sollte allein die Frage nach der Gerechtigkeit gestellt werden. Die Bindungsfrage ist beim Begriff "Gesetz" zu lokalisieren. *Herzog* zeigt, dass es möglich ist, den Begriff Gesetz in Art. 20 Abs. 3 GG dahin zu verstehen, dass er die formellen Gesetze und alle Arten materiellrechtlicher Regelungen umfasst.⁵⁶⁰ Die vom Grundgesetz durch den Begriff Recht bezeugte Offenheit für außergesetzliche Erscheinungen⁵⁶¹ lässt sich so bei der Definition des Gesetzesbegriffes berücksichtigen.

Die Zuordnung von Rechtsverordnung, Satzung, Gewohnheitsrecht und nach hier vertretener Ansicht auch des Richterrechts unter den Begriff "Gesetz" ist im Hinblick auf ein einheitliches Verständnis des Begriffes in Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 97 Abs. 1 GG notwendig.⁵⁶² Beide Vorschriften erfassen unter dem Begriff "Gesetz" alle formellen und

⁵⁵⁴ So Reinhardt, a.a.O., S. 462.

⁵⁵⁵ Riggert, Selbstbindung, S. 24.

⁵⁵⁶ Dann wird jedoch möglicherweise Riggerts Einwand relevant, dass Art. 20 III GG keine Anhaltspunkte für eine Abänderbarkeit der Rechtsprechung zu entnehmen sind (a.a.O., S. 24). Allerdings sagt Art. 20 III GG auch nichts über die Abänderbarkeit der anderen materiellen Gesetze.

⁵⁵⁷ Daher besteht auch kein Widerspruch (so aber Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 64f.) in der Rechtsprechung des BVerfG, wenn dieses eine strikte Präjudizienbindung ablehnt (E 18, 224 [240f.]). Die Frage, wann die Bindung überwunden werden kann, ist nämlich erst in einem zweiten Schritt zu beantworten.

⁵⁵⁸ S. o. B V 2.

⁵⁵⁹ S.o. B V 2.

⁵⁶⁰ In: M/D/H/S, GG II, Art. 20 VI Rn. 49ff..

⁵⁶¹ R. Dreier, Rechtsstaat, JZ 1985, 353 (355); Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, S. 461.

⁵⁶² Ausführlich dazu Reinhardt, a.a.O., S. 129ff.; ähnlich R. Dreier, a.a.O., S. 355; Wassermann, in: AK-GG II,

materiellen Gesetze. Beide Vorschriften überschneiden sich im Begriff Gesetz.⁵⁶³ Dies ist der vorzugswürdige Ansatz, da eine einheitliche Betrachtung der Vorschriften geboten erscheint, die in Anlehnung an den älteren § 2 EGBGB unter Gesetz jede Rechtsnorm versteht.⁵⁶⁴ Auch der Blick auf Art. 100 GG verstärkt dieses Verständnis.⁵⁶⁵

Die Anordnung der bindenden Wirkung der (formellen und materiellen) Gesetze, die sog. Allgemeinverbindlicherklärung, ist in Art. 20 Abs. 3 GG aus verfassungsgeschichtlichen Gründen übernommen worden.⁵⁶⁶ Damit wurden die klassischen Rechtsquellen auch vom Grundgesetz anerkannt.

Auch die Diskussion um die Bindungswirkung des Richterrechts ist dann unter dem Stichwort "Gesetz im materiellen Sinne" i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG zu führen.⁵⁶⁷ Damit kann der Rechtsquellenkanon deutlich verankert und die Aussage des Art. 20 Abs. 3 GG klar strukturiert werden.⁵⁶⁸ Als verbindliches Recht ist Richterrecht materielles Gesetz. Eine Unterscheidung in Gesetz und Recht ausgehend von der schriftlichen Fixierung ist nicht erforderlich. Wenn mit der Formulierung "Gesetz und Recht" die Überwindung des Gesetzespositivismus angesprochen wird und in der Radbruchschen Formel ihren stärksten Ausdruck findet⁵⁶⁹, bedeutet dies nicht zwingend, dass das Ergebnis der Überwindung als "Recht" zu verstehen ist und nicht als "Gesetz" verstanden werden kann. "Recht" eröffnet die gerechtigkeitstheoretische Dimension der Regelung. Die rechtstheoretische Betrachtung der Rechtsquellen ist im Begriff "Gesetz" zu verankern. Das Anerkenntnis eines relativen Rechtspositivismus, in dem Richter "unmenschlichen Gesetzen die Gefolgschaft verweigern"⁵⁷⁰ können (Radbruchsche Formel), bedeutet im Umkehrschluss keinen Ausschluss des Richterrechts als gesetzsgleiche Rechtsquelle unter dem Grundgesetz.

Gegen diesen Ansatz wendet sich *Fikentscher*: Wenn man unter Gesetz in Art. 20 Abs. 3 GG jede materielle Rechtsnorm versteht, und anerkennt, dass Richter in den Bereichen unbestimmter Gesetzesbegriffe, Blankette oder Generalklauseln materielles Recht schaffen, sei der Zusatz "Recht" überflüssig.⁵⁷¹ *Fikentscher* schlägt deshalb vor, unter Gesetz nur die materiellen Gesetze im traditionellen Sinne zu verstehen: Gesetz, Verordnung und Gewohnheitsrecht.⁵⁷² Demgegenüber soll das richterlich fortgebildete Recht dem Begriff "Recht" unterfallen.⁵⁷³ Dadurch sieht *Fikentscher* die Legitimation richterlicher Normsetzung in Art. 20 Abs. 3 GG fixiert.

Dem kann nicht gefolgt werden. In der Formulierung der "Bindung an Gesetz und Recht" kommt dem Rechtsbegriff eine normativ-kritische Funktion zu: die Eröffnung der Befugnis, im äußersten Fall gegen das Gesetz und für materielle Gerechtigkeit zu entscheiden.⁵⁷⁴ Der Hinweis auf die Verschiedenheit der Formulierung in Art. 20 Abs. 3

Art. 97 Rn. 52.

⁵⁶³ Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 97 Rn 23ff.; Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 8; s.o. C V 2.

⁵⁶⁴ Merten, Bindung des Richters, DVBl. 1975, 677 (678).

⁵⁶⁵ Merten, a.a.O., S. 678; Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 154.

⁵⁶⁶ Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 Rn. 49.

⁵⁶⁷ Insofern geht Reinhardts Rückschluss, Richterrecht sei Gesetz im materiellen Sinne und damit Recht i.S.d. Art. 20 III GG (Konsistente Jurisdiktion, S. 517) fehl. Wie hier Merten, Bindung des Richters, DVBl. 1975, 675, (680).

⁵⁶⁸ Ähnlich Schmidt-Aßmann, Gesetzesbindung, in: FS Stern, S. 745 (747).

⁵⁶⁹ S.o. C IV.

⁵⁷⁰ Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 9 m. w. N..

⁵⁷¹ Methoden IV, S. 326.

⁵⁷² A.a.O., S. 327.

⁵⁷³ Vgl. Gusy, Vorrang, JuS 1983, 189 (193).

⁵⁷⁴ Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 7ff..

und 97 Abs. 1 GG greift deshalb auch ins Leere.⁵⁷⁵ Im Übrigen widerspricht der Regelungszweck des Art. 97 Abs. 1 GG nicht dem des Art. 20 Abs. 3 GG.⁵⁷⁶ Die Aussagen des Grundgesetzes zur rechtsprechenden Gewalt weisen eine klare Struktur auf: Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG weist die Rechtsprechung als Staatsgewalt aus. Die Ausgestaltung der Gewalt nimmt Art. 92 GG vor, der die dritte Gewalt von den beiden anderen trennt und im Zusammenspiel mit Art. 97 Abs. 1 GG die Funktion der dritten Gewalt und ihre Arbeitsweise beschreibt. Art. 20 Abs. 3 GG bringt das Zusammenspiel der Gewalten in eine aufeinander bezogene Reihenfolge und grenzt deren Befugnisse gegeneinander ab. In diesem Rahmen spielt auch Art. 95 Abs. 3 GG eine wichtige Rolle.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ S.o. C V 2.

⁵⁷⁶ S.o. C IV 2; Neuner, a.a.O., S. 8f.

⁵⁷⁷ Dazu unten 4.

4. Einheitlichkeit der Rechtsprechung

Wie dargestellt⁵⁷⁸, kennt und erlaubt die Verfassung eigene judikative und exekutive Rechtssetzung.⁵⁷⁹ Es handelt sich hierbei um zwei weitere Arten staatlicher Rechtssetzung. Auch für diese Rechtssetzung muss die Verfassung eine Regelung über ihre Wirkungen enthalten. Diese Regelung ist Art. 20 Abs. 3 GG mit dem Hinweis auf die Gesetzesbindung. Bei jeder Rechtssetzung entstehen materielle Gesetze, an die Exekutive und Judikative gebunden sind, obwohl der Gesetzgeber selber gerade nicht an seine Rechtssetzung gebunden ist, da er nicht für den Gesetzesvollzug zuständig ist. Nachdem Exekutive und Judikative Recht geschöpft haben, treten sie in ihre primäre Rolle als Gesetzesanwender zurück. Es ist ihnen nicht ohne weiteres möglich, vom selbstgeschaffenen Recht wieder abzuweichen. Dies schließt eine Änderungsbefugnis, so wie sie auch dem Gesetzgeber zusteht, aber nicht aus.⁵⁸⁰

Auch die Ansicht vom normativen Richterrecht muss die tatsächlich stattfindende und grundgesetzlich gewollte Veränderung der Rechtsprechung erklären: Als Rechtssetzer haben Exekutive und Judikative Kompetenz, die von ihnen geschaffenen Normen bei veränderter Rechtsüberzeugung zu ändern. Auch hier ist die Bindung also auflösbar, sobald eine bessere Erkenntnis vorliegt. Der Normschöpfer ist auch Normumgestalter (wie beim Gesetz). Wenn die Richter das vom Gesetzgeber stammende Recht fortbilden dürfen, ist nicht ersichtlich, warum sie nicht mittels Rechtsprechungsänderung erst recht ihre eigene Schöpfung weiterentwickeln können sollen. Die Richter kommen insoweit nicht in Konkurrenz zum Gesetzgeber, da sie mit dessen Billigung innerhalb von dessen Schöpfung gestalten.

Dies gilt auch im Falle des gesetzesvertretenden Richterrechts. Hier fehlt es zwar an der ausdrücklichen Regelung, aus der der Richter das *law in action*⁵⁸¹ machen könnte. Allerdings ist die richterliche Rechtsschöpfung in diesem Falle konkurrenzlos.

Wenn Richter in Lückensituationen Recht schöpfen, muss erst recht eine Bindung wie an Auslegungsrecht bestehen, denn hier fehlt die unmittelbare Legitimation durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber. Sie ergibt sich mittelbar aus der grundgesetzlichen Rechtsfortbildungsbefugnis, denn dabei geht es nicht nur um die Fortbildung des bereits gesetzgeberisch unmittelbar vorgegebenen Rechts (wie bei der Auslegung), sondern um die Vervollständigung und Verbesserung der Rechtsordnung insgesamt. Deswegen ist eine richterliche Lückenfüllung nur dann zulässig, wenn sie systematisch korrekt ist, d. h. aus übergeordneten Gründen erfolgt, die in der Rechtsordnung angelegt sind.⁵⁸² Damit muss die richterliche Rechtsfortbildung ins vorhandene Rechtssystem passen, sie muss konsistent sein. So ist das Funktionieren der Rechtsordnung gewährleistet, ohne dass der Gesetzgeber seinen Vorrang einbüßt. Er kann sich der richterlichen Rechtsfortbildung widersetzen. Damit verbleibt ihm die abschließende Rechtsschöpfungsmacht.

Die Änderungsbefugnis der Rechtsprechung bedeutet, dass das häufig gegen die Bindungswirkung des Richterrechts vorgebrachte Argument einer erstarrenden

⁵⁷⁸ S.o. C.

⁵⁷⁹ Für die Exekutive vgl. nur Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 70.

⁵⁸⁰ Über die Fixierung der Bindung an "Gesetz und Recht" hinaus ist als weiterer Rückschluss die Bestätigung der rein rechtsvollziehenden und rechtsanwendenden Akte von Judikative und Exekutive möglich. Im Rechtsstaat sind die Ergebnisse staatlicher Rechtsanwendung dem Bürger gegenüber grundsätzlich mit endgültiger Wirkung versehen (der Rechtskraft und der Bestandskraft). Diese Erscheinungsformen sind Auswirkungen des Grundsatzes "pacta sunt servanda" auf der Ebene des Zusammentreffens von Bürger und Staatsgewalt. Die Rechtsgestaltung im Einzelfall wird unumstößlich und bestimmt die Rechtslage dauerhaft.

⁵⁸¹ Esser, Grundsatz und Norm, S. 19.

⁵⁸² H. M., vgl. nur Bydlinski, Methodenlehre, S. 472ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 187ff.; Zippelius, Methodenlehre, § 11 I.

Rechtsprechung nicht greift.⁵⁸³ Es beruht auf der Annahme, Bindung und Änderung der Rechtsprechung schließen sich gegenseitig aus.⁵⁸⁴ Diese These ist unbegründet. Sie steht zudem im Widerspruch zur unbestrittenen Erkenntnis, dass der Gesetzgeber sein Recht ändern darf. Es ist nicht ersichtlich, wieso diese Änderungsbefugnis nicht auch der Rechtsprechung zustehen soll.⁵⁸⁵

Die Änderungsbefugnis entstammt in einer Rechtsordnung, die vom Prinzip des positiven Rechts bestimmt ist, ebenfalls dem Rechtsstaatsprinzip: auch ungerechtes oder veraltetes Recht gilt zunächst. Da im Rechtsstaat aber die Einzelfallgerechtigkeit zu gewähren ist, besteht immer die Befugnis, dieses Recht zu ändern und besserer Erkenntnis zu folgen.⁵⁸⁶ Zur Änderung des Rechts ist grundsätzlich dessen Schöpfer befugt.⁵⁸⁷ Eine Ausnahme⁵⁸⁸ hierzu bildet die Rechtssetzungsbefugnis des Gesetzgebers. Er kann durch seine Entscheidung in Gestalt des Gesetzes im Rahmen der ihm von der Verfassung gezogenen Grenzen jede Art von Recht unterhalb der Verfassung ändern.⁵⁸⁹ Innerhalb der Normenhierarchie⁵⁹⁰ geht das Gesetzesrecht unterhalb der Verfassung jeder anderen Art von Recht vor. Der Gesetzgeber kann deshalb auch rechtliche Regelungen an sich ziehen⁵⁹¹, soweit seine Regelungskompetenz reicht.

Aus dem Umstand, dass Recht im vom positiven Recht geprägten Verfassungsstaat durch seinen Schöpfer geändert werden darf, kann nicht geschlossen werden, dass das Recht deshalb nicht allgemeinverbindlich sei. Denn dann würde Allgemeinverbindlichkeit Unabänderbarkeit bedeuten und unter diesem Vorbehalt steht bereits das Gesetzesrecht nicht.⁵⁹²

Judikative und Exekutive können das von ihnen geschaffene Recht ändern, wenn die Änderungsbefugnis nicht ausgeschlossen ist. Das ist nur selten der Fall, z. B. nach Art. 79 Abs. 3 GG, und kann daher nicht als generelles Änderungsverbot behauptet werden.⁵⁹³ Damit sind die Bedenken hinsichtlich einer Erstarrung der Rechtsprechung nicht durchschlagend.

Für die Art und Weise der Änderung vorhandenen Rechts gibt es gesetzliche Regeln.⁵⁹⁴ Diese hat der Gesetzgeber getroffen, soweit es beispielsweise um die Änderung judikativen Rechts geht. Die gesetzgeberische Anordnung resultiert daraus, dass es die Judikative ist, die letztlich über das im Staat tatsächlich wirksame Recht entscheidet.⁵⁹⁵ Deswegen ist ihr ein konkretes Rechtssprechungsverfahren vorgegeben, das seinen Ausgangspunkt in Art. 95 GG hat.

⁵⁸³ Vgl. Kruse, Richterrecht, S. 15; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 430; Ossenbühl, Verwaltungsgerichtliche Praxis, AöR 92, 478 (481, 485); Riggert, Selbstbindung, S. 24.

⁵⁸⁴ So auch Bock, Rechtsnormcharakter, S. 175.

⁵⁸⁵ Ebenso Kruse, Rechtsgefühl, BB 1985, 1077 (1079).

⁵⁸⁶ Bertelmann, Ratio decidendi, S. 189.

⁵⁸⁷ Ebenso Kruse, Richterrecht, S. 15: die Befugnis zur Rechtssetzung schließt die Befugnis zur Aufhebung des Rechts mit ein. Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 228 (bezogen auf Gesetzesrecht).

⁵⁸⁸ Eine weitere Ausnahme ergibt sich wegen § 31 BVerfGG für das BVerfG; dazu Scheffelt, a.a.O., S. 62f..

⁵⁸⁹ Das BVerfG betont den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers z. B. in E 7, 377 (400); 25, 1 (19f.); 30, 292 (317, 319); 50, 290 (338). Vgl. Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 VI Rn. 44.

⁵⁹⁰ Allgemeingut, vgl. nur Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 230ff..

⁵⁹¹ Beispiele hierfür pVV und c.i.c. auch nach Schuldrechtsreform.

⁵⁹² Vgl. nur Ziegler, Selbstbindung, S. 237, für ihn ist alles Richterrecht Gesetzesrecht. Er geht deshalb von einer festen Bindung an die jeweils letztinstanzliche Entscheidung aus (S. 233). Im Ergebnis ist jedoch auch für ihn ein Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung möglich, weil er notwendig einen einheitlichen Rückwirkungsbegriff für Gesetzes- und Rechtsprechungsänderung einführt (S. 243). Bertelmann, Ratio decidendi, S. 189; German, Probleme, S. 373; Hassemer, Rechtssystem, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 248 (256); Kruse, Richterrecht, S. 15.

⁵⁹³ Ebenso Kruse, Rechtsgefühl, BB 1985, 1077 (1079).

⁵⁹⁴ So auch Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 103. Dagegen gibt es aber keine direkte gesetzliche Anordnung der Bindung, vgl. auch Wank, Rechtsfortbildung, S. 36.

⁵⁹⁵ Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 490 u. 56..

(1) Regeln der Rechtsprechungsänderung

Für judikatives Recht müssen eigene Rechtsänderungsregelungen gelten. Die Judikative ist zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit und der Einheitlichkeit der Rechtsprechung verpflichtet.⁵⁹⁶ Sie ist in ihrer Suche nach Gerechtigkeit nur dann flexibler als der Gesetzgeber, wenn ihr aufgabenangemessen eine Änderung des von ihr geschaffenen Rechts möglich ist.

Bis Richterrecht feststeht, durchläuft es mehrere Phasen, die Instanzen. Deshalb ist die Rechtentstehung erst mit Durchlaufen der letzten Instanz (oder eines speziellen Verfahrens, Vorlage OVG o. ä.) abgeschlossen. Erst dann tritt die Rechtskraft der Entscheidung ein, was auch den Eintrittszeitpunkt der Geltung der richterlichen Rechtsfortbildung bedeutet. Erst das letztinstanzliche Urteil fixiert das Richterrecht. Die Existenz einander widersprechender letztinstanzlicher Urteile und damit einander widersprechenden Richterrechts muss in gewissem Maße hingenommen werden.⁵⁹⁷

Um widersprechendes Richterrecht möglichst weitgehend zu vermeiden, enthält Art. 95 Abs. 3 GG die Forderung nach einheitlicher Rechtsprechung.⁵⁹⁸ Die Vielzahl der Gerichte war der Grund für die Forderung nach geographisch übergreifender Vereinheitlichung. Das Einheitlichkeitserfordernis tritt im Bereich der Rechtsprechung besonders deutlich hervor. Es ist aber nicht auf diese beschränkt. Da es im föderalen Staat auch eine Mehrzahl der Gesetzgeber gibt, ist auch "divergierendes" Gesetzesrecht möglich.

Um die Divergenz im Bereich der Rechtsprechung möglichst gering zu halten, wurden die Obersten Bundesgerichte eingerichtet. Eine einheitliche Rechtsprechung hat das einheitliche Verständnis der Gesetze und eine einheitliche Rechtsanwendung durch die Exekutive zur Folge. Damit bewirkt sie eine Vereinheitlichung der gesamten deutschen Rechtsordnung.⁵⁹⁹

Das die Rechtsetzung bestimmende Verfahren prägt beim Richterrecht auch dessen Änderung⁶⁰⁰: jede Instanz muss Einzelfallgerechtigkeit anstreben. Deshalb darf auch jede Instanz die Änderung der bestehenden Rechtsprechung anregen, indem sie wohlbegründet von ihr abweicht.⁶⁰¹ Im weiteren Verfahren wird sich zeigen, ob die Änderung sich als Verbesserung des bisherigen Rechts durchsetzen kann.⁶⁰² Die gegenüber dem Gesetzesrecht "leichtere" Änderbarkeit des Richterrechts ist Folge der unterschiedlichen Aufgabenstellungen von Gesetzgeber und Richter. Sie bedeutet aber nicht, dass Richterrecht nicht allgemeinverbindlich ist.⁶⁰³

Scheffelt hat überzeugend festgestellt, dass die Zulässigkeit der Änderung einer Rechtsprechung von ähnlichen Rückwirkungskriterien bestimmt ist wie die Änderung von Gesetzen.⁶⁰⁴ Die Rechtsprechungsänderung ist zulässig und in ihren Wirkungen vom Vertrauensschutzprinzip bestimmt. Um divergierende Rechtsprechung zu beschränken, sind insbesondere in den Verfahrensgesetzen bestimmte Ausgleichsregelungen vorgesehen.⁶⁰⁵ Sie sollen Divergenzen so weit wie möglich ausschließen. Verschiedene einfachgesetzliche Regelungen, die als Argumente gegen eine Bindung an Richterrecht

⁵⁹⁶ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 60f..

⁵⁹⁷ Vgl. Amberg, Rechtsprechung, S. 299.

⁵⁹⁸ Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, S. 159 u. 162ff..

⁵⁹⁹ Zur Geschichte der Instanzenzüge und Vorlagepflichten siehe Lames, Rechtsfortbildung, S. 83ff..

⁶⁰⁰ Richterrecht der 2. Generation; Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 109.

⁶⁰¹ Ähnlich Leisner, Allgemeine Bindung, S. 62.

⁶⁰² Auch hier wird Recht durch Verfahren gesichert.

⁶⁰³ Deshalb müssen auch Rechts- und Staatsanwälte bestehende Rechtsprechung beachten.

⁶⁰⁴ Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 227ff.; ebenso i. E. Ziegler, Selbstbindung, insbes. S. 243; K. Vogel, Rechtssicherheit, JZ 1988, 833 (835). Dazu auch Lübke, Grenzen der Rückwirkung, S. 50ff., 74ff..

⁶⁰⁵ Amberg, Rechtsprechung, S. 299; Baur, Einheitlichkeit der Rechtsprechung, JZ 1953, 326.

angeführt werden⁶⁰⁶, stehen dieser gerade nicht entgegen. Die Regelungen zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung sind vielmehr ein Beleg dafür, dass eine Verbindlichkeit des Richterrechts besteht.⁶⁰⁷ Die angesprochenen Normen sichern unter dieser Prämisse einerseits, dass das Richterrecht möglichst einheitlich ist.⁶⁰⁸ Andererseits zeigen sie, wie die Änderung bestehender Rechtsprechung sinnvoll verfahrensmäßig vor sich geht.⁶⁰⁹ Entsteht in einem Rechtsstreit eine neue Rechtsauffassung, der sich einzelne Gerichte des Rechtszuges anschließen wollen, schlagen sie eine begründete Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung vor. Über sie muss im Rechtsprechungsverfahren entschieden werden.⁶¹⁰

Betrachtet man beispielsweise § 121 Abs. 2 GVG, so hätte das Oberlandesgericht als letzte Instanz zu entscheiden. Will es von der Rechtsprechung eines anderen Oberlandesgerichts abweichen, an die es nicht gebunden ist, da hier kein gemeinsamer Instanzenzug vorliegt, so muss es die Sache dem Bundesgerichtshof vorlegen. Dieser entscheidet dann in einer Sache, in der er eigentlich nicht angerufen werden könnte - er wird zur vierten Instanz. Dadurch sind in späteren Streitigkeiten alle Gerichte an den Spruch des Bundesgerichtshofs gebunden.

Ebenso sind die Vorschriften über den Zulassungszwang für Revisionen⁶¹¹ zu betrachten. Auch hier wird immer der letzten Instanz die Möglichkeit der abschließenden Entscheidung eröffnet, die dann wieder auf die unteren Instanzen zurück wirkt. Dadurch, dass über die Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung stets das Gericht letzter Instanz oder sogar ein Gericht "vierter" Instanz entscheidet, wird die Bindungswirkung über den eingeschlagenen Instanzenweg hinaus erstreckt.

Ähnlich ist es beim Gemeinsamen Senat aller Bundesgerichte. Die Instanzschaffung sorgt dafür, dass am Ende eine einheitliche Entscheidung steht. Ziel ist allein, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren. Es geht nicht darum, neue abweichende Rechtsprechung auszuschließen. Diese kann vielmehr in jedem Verfahren mit guten Gründen wieder angestoßen werden.

Diesem Schluss stehen die Regelungen über die Zurückverweisung⁶¹² oder über die großen Senate⁶¹³ nicht entgegen.

Im Falle der Zurückverweisung entsteht eine vorweggenommene Bindung an die Rechtsansicht der höheren Instanz, da das Rechtsmittelgericht noch nicht abschließend über den Fall entschieden hat. Die vorweggenommene Bindung ist ein Ausdruck der Effektivität des Rechtsschutzes aber kein Problem der Bindungswirkung.

In den Fällen, in denen die Großen Senate der obersten Bundesgerichte anzurufen sind, sind die vorlegenden Senate an die Entscheidungen der Großen Senate gebunden.⁶¹⁴ Über eine Änderung der Rechtsprechung soll das Bundesgericht als Ganzes entscheiden. Würde nur der angerufene Senat entscheiden, gälte einfach, dass die jüngere Entscheidung der älteren vorgeht. Diese Entscheidung soll ein einzelner Senat nicht fällen können. Deshalb entscheidet der Große Senat und damit das gesamte Gericht. Die Verlagerung des Entscheidungsverfahrens vom einzelnen Senat auf das gesamte Gericht verleiht der

⁶⁰⁶ §§ 358 I StPO, 144 VI VwGO; weitere bei Tiedtke, Selbstbindung, JZ 1995, 275f.

⁶⁰⁷ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 61f.

⁶⁰⁸ So auch Adomeit, der die gesetzlichen Regelungen über die Bindung an obergerichtliche Entscheidungen als Mittel der Zügelung der Judikative ansieht, d.h. als Korrektiv der richterlichen Rechtsfortbildungsbefugnis (Rechtsquellenfragen, S. 48). Lübke, Grenzen der Rückwirkung, S. 14ff.

⁶⁰⁹ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 62. Wegewitz, Verfassungsunmittelbare Bindungswirkung, S. 56f., weist darauf hin, dass auch Art. 100 III GG auf den Abweichungswillen des vorlegenden Gerichts abstellt. Diesem wird die Möglichkeit eröffnet, die "fallbezogene Anfrage (zu stellen), ... ob das BVerfG am Inhalt einer ... Entscheidung festhalten oder seine Rechtsauffassung anpassen will ...".

⁶¹⁰ Vgl. J. Vogel, Methodik, S. 85.

⁶¹¹ Z. B. §§ 132 II Nr. 2 VwGO, 543 ZPO.

⁶¹² Z. B. § 563 ZPO.

⁶¹³ § 132 III GVG.

⁶¹⁴ Ähnlicher Ansatz bei Bock für den Großen Senat des BAG (Rechtsnormcharakter, S. 169ff.).

Entscheidung mehr Gewicht und sorgt dafür, dass die Änderung der Rechtsprechung noch einmal mit besonderer Kompetenz geprüft wird.

Die Anordnung, dass der vorlegende Senat an die Entscheidung des Großen Senats gebunden ist, resultiert daher, dass die Ansicht des Großen Senats von der des vorlegenden abweichen kann. Das Vorlageverfahren ist nur sinnvoll, wenn der vorlegende Senat die Entscheidung des Großen Senats akzeptieren muss, der ja keine im Rechtszug übergeordnete Instanz ist.

Intention aller genannten Regelungen ist es, dass bei abweichenden Rechtsansichten eine übergeordnete Instanz das "letzte Wort"⁶¹⁵ haben soll, das durch besondere Sachkunde ausgezeichnet ist. Den Entscheidungen einer solchen letzten Instanz wird besondere Beachtung geschenkt⁶¹⁶. Die argumentative Auseinandersetzung wird durch eine besondere Autorität beendet, damit der Rechtsstreit entschieden werden kann.

Der Rechtsprechungsänderung wird so ein exaktes Verfahren zugrunde gelegt.⁶¹⁷ An seinem Ende kann eine neue Rechtsprechung stehen. Der Vorschlag zu einer Rechtsprechungsänderung kann in diesem Verfahren aber auch abgelehnt werden.

Die eben beschriebenen Regeln wären nicht nötig, wenn die deutschen Gerichte nicht an die Vorentscheidungen gebunden wären.⁶¹⁸

Dann nämlich könnten sie einfach abweichen und es wäre kein Grund vorhanden, in Art. 95 Abs. 3 GG und den gesetzlichen Regelungen unter dem Stichwort "Einheitlichkeit der Rechtsprechung" ein detailliertes Verfahren zu regeln. Ziel des Verfahrens ist es gerade, das Auseinanderfallen verschiedener letztinstanzlicher Entscheidungen zu verhindern, indem ein zusätzlich Entscheidender, der über den Instanzenzügen steht, eine für alle Instanzenzüge bindende Entscheidung fällt. Jedes Gericht kann erst einmal nach eigenem Ansatz entscheiden, muss aber immer der Aufhebung der Entscheidung gewärtig sein. Das bindende Richterrecht ist entstanden, sobald die letztinstanzliche Entscheidung getroffen ist. Verzichtet eine Streitpartei darauf, den Prozess in einer höheren Instanz weiterzuführen, so kann das Richterrecht bereits in einer unteren Instanz entstehen.⁶¹⁹

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass gesetzliche Regelungen über die Rechtsfortbildungsbefugnis oder Vorlagepflichten der Gerichte nur dann sinnvoll sind, wenn die Rechtsprechung zwar keinen unüberwindbaren Bindungen unterliegt, ihr aber andererseits auch nicht freigestellt ist, bestehenden Judikaten zu folgen.⁶²⁰ Aufgrund der bestehenden Regelungen ist auch aus dem einfachen Recht auf eine über die Einzelfallentscheidung hinauswirkende Bindung des Richterrechts zu schließen.

Zu recht weist *Bertelmann* darauf hin, dass "weder die Vorschriften über die Rechtskraft selbst, noch die daran anschließenden Bestimmungen über die Bindung des Gerichts an eigene oder höchstinstanzliche Auffassungen sowie die Tatbestands- und Feststellungswirkungen eines Urteils" die Abänderbarkeit des Richterrechts ausschließen.⁶²¹ Die Bestimmungen dienen der endgültigen Erledigung des Rechtsstreits. Sie "lassen sich aber mit der aus der Doppelfunktion zur Streiterledigung und Rechtssatzbildung der richterlichen Entscheidung folgenden Legitimation zur Normgewinnung vereinbaren und lassen den Schluss zu, dass der Richter von einem

⁶¹⁵ Rüthers, *Rechtstheorie*, Rn. 250. Diese Instanz ist besonders prädestiniert, Rechtsfortbildung zu betreiben (vgl. Neuner, *Rechtsfindung contra legem*, S. 61). Bakker, *Richtermacht*, insbes. § 15.

⁶¹⁶ Dazu ausführlich Bakker, *Richtermacht*, S. 143ff.

⁶¹⁷ Leisner unterstreicht, dass dieses Verfahren auch ein bürgerschützendes, prozessökonomisches Interesse verfolgt (*Allgemeine Bindung*, S. 62). Insoweit hat auch Neuner, a.a.O., S. 63f., recht: Die Vorschriften enthalten keine Kompetenz zur Normsetzung. Sie eröffnen aber die Abweichungsbefugnis.

⁶¹⁸ Ähnliche Einschätzung bei Amberg, *Rechtsprechung*, S. 299; Leisner, a.a.O., S. 60ff. (insbes. S. 62); ausführlich Bakker, *Richtermacht*.

⁶¹⁹ Scheffelt, *Rechtsprechungsänderung*, S. 37, will dagegen Richterrecht nur in höchstrichterlichen Entscheidungen sehen.

⁶²⁰ Bertelmann, *Ratio decidendi*, S. 190.

⁶²¹ Bertelmann, a.a.O., S. 192.

Präjudiz abweichen kann“⁶²².

Auch die Anordnung von § 31 BVerfGG muss unter dieser Prämisse neu überdacht werden. Nach Absatz 1 binden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts alle Staatsorgane, die Behörden und Gerichte. Wegen dieser Regelung meint eine Vielzahl von Autoren, dass allen anderen Gerichtsentscheidungen keine vergleichbare Bindungswirkung zukommen könne.⁶²³ Dieser Interpretation widerspricht der Regelungszweck der Vorschrift. In der Weimarer Reichsverfassung war es der Rechtsprechung nicht möglich, ein Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.⁶²⁴ Die Weimarer Reichsverfassung sah keine unmittelbare Bindung der Staatsgewalten an Entscheidungen des Staatsgerichtshofs vor.⁶²⁵ Diese Bindung der Staatsgewalten an den Spruch des Bundesverfassungsgerichts sollte § 31 Abs. 1 BVerfGG nun sicherstellen.⁶²⁶ Eine weitergehende Aussage über die Bindungswirkungen des Richterrechts kann der Vorschrift deshalb nicht zugesprochen werden.⁶²⁷

Diese Formulierung der Norm war notwendig, weil das Bundesverfassungsgericht kein Instanzgericht ist. Die Gerichte aller Rechtswege wären deshalb an seine Entscheidungen nicht gebunden; ebenso wenig die im Rechtszug nicht beteiligte Exekutive. Das Gericht könnte seine Aufgabe, Hüter der Verfassung zu sein, nicht effektiv erfüllen, wenn seine Entscheidungen nicht über den Einzelfall hinaus verbindlich wären.⁶²⁸ Daher erfolgt die Verpflichtung der Verfassungsorgane, die potenzielle Streitparteien sind⁶²⁹ und als am Gesetzgebungsverfahren Beteiligte die vom Gericht festgestellte Aussage der Verfassung nicht ignorieren dürfen. Hier besteht ein enger Zusammenhang zu Absatz 2 der Vorschrift. § 31 Abs. 1 BVerfGG regelt einen Fall der Rechtskrafterstreckung. Der materielle Ausspruch über den Streitgegenstand⁶³⁰ wird auf potentielle Kläger/Streitbeteiligte erweitert.⁶³¹ Über etwaige abstrakt-generelle Normen, die dem Ausspruch über den Streitgegenstand zugrunde liegen, sagt die Norm damit nichts aus.

Die Regelung des § 31 Abs. 2 BVerfGG i.V.m. Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG räumt einer Gerichtsentscheidung darüber hinaus in bestimmten Fällen die gleiche Kraft wie einem formellen Gesetz ein.⁶³² Gesetzgeberische Akte werden überprüft und können nur mit wirkungsgleichen actus-contrarius-Entscheidungen aufgehoben werden.⁶³³ Einem Gericht muss diese Befugnis durch die Verfassung eingeräumt werden, denn hier wird die Gewaltenteilung deutlich modifiziert. Das Bundesverfassungsgericht ist ausdrücklich befugt, den Gesetzgeber zu korrigieren. Mit § 31 BVerfGG ist eine Regelung für eine besondere Rechtsprechung contra legem getroffen, wobei das Gericht in der Regel keine eigene Regelung schafft. Es erklärt die Nichtigkeit oder Veränderungsbedürftigkeit eines Gesetzes und gibt dem Gesetzgeber auf, tätig zu werden. Die Weisung gilt wie ein Gesetz⁶³⁴, d.h. die

⁶²² Bertelmann, a.a.O., S. 192.

⁶²³ Stellvertretend: Kissel, GVG, § 138 Rn. 14; Ossenbühl, Bindung der Verwaltung, AöR 92, 478 (494); Scholz, Arbeitsverfassung, DB 1972, 1771 (1776); M. Wolf, in: MüKo ZPO III, § 138 GVG Rn. 5; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 VI 1 Rn. 21.

⁶²⁴ Bock, Rechtsnormcharakter, S. 172 m. w. N..

⁶²⁵ Bock, a.a.O., S. 172.

⁶²⁶ Leisner, Allgemeine Bindung, S. 39.

⁶²⁷ Ebenso Bock, Rechtsnormcharakter, S. 172f.; a. A. Neuner, Rechtsfortbildung contra legem, S. 63.

⁶²⁸ Wegewitz, Verfassungsunmittelbare Bindungswirkung, sieht in § 31 BVerfGG eine lediglich deklaratorische Festschreibung.

⁶²⁹ Rennert, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, § 31 Rn. 77 u. 86ff..

⁶³⁰ Wipfelder, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, DRiZ 1980, 441 (448).

⁶³¹ Park, Verfassungskonforme Auslegung, S. 160ff.; Rennert, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, § 31 Rn. 77.

⁶³² § 13 Nr. 6, 8a, 11, 12 und 14 BVerfGG (i.V.m. Art. 93 I Nr. 1, 4a, 4b, Art. 100 I, Art. 126); vgl. dazu Park, a.a.O., S. 164f., 179ff..

⁶³³ Achterberg, Funktionenlehre, S. 147; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 VI 1 Rn. 21.

⁶³⁴ Gesetzesvorrang, vgl. Rennert, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, § 31 Rn. 101

alte Regelung wird von der neuen verdrängt. Die Entscheidung hat über ihre Rechtskraft hinaus Gesetzeskraft.⁶³⁵ Der Gesetzgeber muss der Anweisung des Gerichts bei der Schaffung einer besseren Norm Folge leisten.

Normalerweise können Exekutive und Judikative den Gesetzgeber nicht binden. § 31 BVerfGG ist deshalb eine besondere Regel, weil der Gesetzgeber von der dritten Gewalt gebunden wird.⁶³⁶ § 31 Abs. 2 BVerfGG muss die Gesetzeskraft des Urteils anordnen, weil nur so das angegriffene Recht außer Kraft gesetzt werden kann. Die Außerkraftsetzung wird im Tenor ausgesprochen. Ihm wird durch die Norm eine besondere, über die normale Rechtskraft hinausgehende Wirkung zugewiesen. Die Frage des zugrundeliegenden Richterrechts wird von der Regelung des § 31 Abs. 2 BVerfGG dabei gar nicht berührt.

Einfache richterliche Rechtsfortbildung bindet den Gesetzgeber nicht. Das bedeutet aber nicht, dass keine Bindung gegenüber Exekutive und innerhalb der Judikative eintritt.

Die Allgemeinverbindlichkeit des Gesetzes zielt nicht auf den Gesetzgeber, sondern nur auf Rechtsanwender und -unterworfenen. Der Gesetzgeber wird nicht verpflichtet, sein Recht nie zu ändern. Er darf Änderungen vielmehr unter bestimmten Bedingungen vornehmen. Insofern besteht hier kein Unterschied zum Richterrecht. Dass Richter Recht nicht nur schaffen, sondern auch anwenden, liegt in ihrer Funktion begründet. Darin unterscheiden sie sich gerade vom Gesetzgeber. Dies kann aber nicht das Argument dafür sein, ihrer Schöpfung die Allgemeinverbindlichkeit abzuspochen.

§ 31 BVerfGG normiert eine Gleichsetzung und sogar Überordnung eines Gerichts mit dem bzw. über den Gesetzgeber, um diesen zur Wahrung der Verfassung zu verpflichten. Die Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit veränderte die Bedeutung der Gesetzgebung wesentlich⁶³⁷: Das Gericht ist der oberste Hüter der Verfassung und weist dem originär für die Rechtssetzung zuständigen Gesetzgeber den Weg.

(2) Ergebnis

Die von Art. 95 Abs. 3 GG geforderte Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, verlangt nach einheitlichem Richterrecht. Die Realisierung der Forderung ist nicht auf die von Art. 95 Abs. 3 GG genannten obersten Gerichtshöfe des Bundes beschränkt.⁶³⁸

Art. 95 Abs. 3 GG beweist nicht, dass Richterrecht keine Verbindlichkeit für die Rechtsprechung hätte. Ziel der Norm ist die Vereinheitlichung der Rechtsprechung. Diese kann auch notwendig werden, wenn die (Unter-) Gerichte an die richterrechtlichen Normen der Obergerichte gebunden sind. Allein die Existenz verschiedener Endinstanzen macht divergierende Rechtsprechung möglich. Zudem enden zahlreiche Rechtsstreite bereits nach der ersten oder zweiten Instanz. Da jedes Richterrecht nur innerhalb der Instanzenzüge und im Gerichtsbezirk/den Gerichtsbezirken der abschließend entscheidenden Gerichte Verbindlichkeit erlangt (weiter reicht die Rechtssetzungsmacht der entscheidenden Gerichte nicht⁶³⁹), muss die übergreifende Vereinheitlichung erfolgen. Divergierende Rechtsprechung ist Folge abweichenden Normverständnisses. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Rechtsprechung eine gesetzliche oder eine richterrechtliche Norm unterschiedlich versteht. Art. 95 Abs. 3 kann daher keine Aussage über die Bindungswirkung des Richterrechts entnommen werden

⁶³⁵ Ähnlich F. Müller, Richterrecht rechtstheoretisch, in: FS Uni Heidelberg, S. 65 (79).

⁶³⁶ Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 94 Rn. 4.

⁶³⁷ Hesse, Grundzüge, Rn. 564ff.; J. Ipsen, StaatsR I, Rn. 846ff.; Scheffelt, Rechtsprechungsänderung, S. 181f..

⁶³⁸ Bakker, Richtermacht, S. 159.

⁶³⁹ Die Amtsträger, Staats- und Rechtsanwälte müssen dieses geltende Recht ebenfalls kennen.

5. Fazit

Art. 20 Abs. 3 GG enthält den Kanon der staatlichen Rechtsquellen. Die vorgegebenen Rechtsquellen zeichnen sich durch eine über die konkret-individuelle Verbindlichkeit hinaus gehende Allgemeinverbindlichkeit aus und werden im Begriff "Gesetz" zusammengefasst. Auch das Richterrecht ist eine solche Rechtsquelle mit der entsprechenden Verbindlichkeit. Es kann unter bestimmten Voraussetzungen durch die Rechtsprechung geändert werden.⁶⁴⁰ Die Anerkennung verbindlichen Richterrechts führt nicht zur "Versteinerung" der Rechtsordnung. Die Rechtsprechung ist zur Abweichung von bestehendem Richterrecht befugt, d.h. dessen Bindung kann überwunden werden. Da der Anstoß zu einer Rechtsprechungsänderung in jedem Rechtsstreit gegeben werden kann, ist die Bindungsdauer des Richterrechts unter Umständen deutlich kürzer als die einer gesetzlichen Regelung. Dies bedeutet aber keine abgeschwächte Bindungswirkung, sondern nur ein gegenüber dem Gesetz rascheres Änderungsverfahren, raschere Änderungsbedürftigkeit. Insoweit hat *Ossenbühl* mit seinem Hinweis recht, dass die Bindungswirkung nur ein relatives Kriterium für die Bezeichnung als Rechtsquelle ist.⁶⁴¹

Der Gesetzespositivismus wird durch einen Entscheidungspositivismus ergänzt.⁶⁴² Die Setzung des Rechts erfolgt unter dem Grundgesetz auch durch die Rechtsprechung.

Da das Urteil in schriftlicher Form ergeht, sollte hinsichtlich des Richterrechts nicht von ungeschriebenem Recht gesprochen werden. Da es sich aus Tenor und Urteilsbegründung ergibt, ist es letztlich geschriebenes Recht.⁶⁴³

Die hier vertretene Allgemeinverbindlichkeit des Richterrechts fordert von der Rechtsprechung die methodisch einwandfreie Begründung des neu gesetzten Rechts. Die Verpflichtung auf methodengerechte Rechtsfortbildung, die Art. 97 Abs. 1 GG ausspricht, ist untrennbar mit der Rechtsfortbildungsbefugnis verbunden.

Die verfassungsrechtliche Forderung nach Einheitlichkeit der Rechtsprechung setzt voraus, dass die Richter sich über ergangene Urteile informieren. Nur so kann Divergenz überhaupt auffallen und im anschließenden Verfahren beseitigt werden. Dabei erstreckt sich die Informationspflicht jedenfalls auf den eigenen Instanzenzug, Entscheidungen der obersten Gerichte und des Bundesverfassungsgerichts.

⁶⁴⁰ Zum "Stufenbau" des Richterrechts siehe J. Vogel, Methodik, S. 88ff..

⁶⁴¹ In: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 86.

⁶⁴² Weitergehend Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 48; ders. Rechtspositivismus, JZ 2003, 161 (166), wobei das Fazit gezogen und seine Zulässigkeit anschließend zurückgewiesen wird.

⁶⁴³ So auch Biaggini, Verfassung und Richterrecht, S. 66.

VI. Grundgesetz und Gewohnheitsrecht

Die festgestellte Bedeutung und Wirkung des Richterrechts wirft eine Frage auf, die das alte Richterrechtsverständnis ignorieren konnte: Welche Stellung hat das Gewohnheitsrecht in der deutschen Rechtsordnung tatsächlich inne?

Es wurde gezeigt, dass die Theorien zum Gewohnheitsrecht sich fragen, ob und welchen Einfluss die Gerichte auf die Entstehung des Gewohnheitsrechts haben.⁶⁴⁴ Wenn man akzeptiert, dass Richterrecht eigenständiges, bindendes Recht ist, liegt die Vermutung nahe, dass viele Fälle, in denen die Gerichte das Bestehen eines Gewohnheitsrechts annahmen, tatsächlich auf der Grundlage von Richterrecht entschieden worden sind.⁶⁴⁵

Dies zeigt das Beispiel der Aufopferungsentschädigung, deren Begründung mittels Gewohnheitsrecht rechtstheoretisch nicht ausreichend abgesichert ist.⁶⁴⁶

Zudem muss das Grundgesetz auch im Hinblick auf das Gewohnheitsrecht auf sein Verständnis von den Rechtsquellen des deutschen Rechts befragt werden.⁶⁴⁷

Die Gewohnheitsrechtstheorien gehen überwiegend davon aus, dass die Entstehung von Gewohnheitsrecht eine Regel in der Rechtsordnung voraussetzt, die es als Rechtsart zulässt.⁶⁴⁸ Eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art fehlt in der deutschen Rechtsordnung.⁶⁴⁹ Aus ihrem Fehlen wird jedoch nicht geschlossen, dass Gewohnheitsrecht unter dem Grundgesetz nicht mehr entstehen kann.⁶⁵⁰ Vielmehr wird angenommen, dass jede Rechtsordnung eine Erzeugungsregel für Gewohnheitsrecht enthält, die selber kraft Gewohnheitsrechts gelten soll.⁶⁵¹

Zwar müsse beachtet werden, dass es "in einem Rechtssystem, dessen Verfassung die Entstehung rechtlicher Normen erschöpfend regelt und in dem gewohnheitsrechtliche Normen so gut wie keine Rolle spielen, ... eher plausibel (ist), die gewohnheitsrechtliche Erzeugungsregel von Gewohnheitsrecht zu verneinen"⁶⁵². Diese Konsequenz wird jedoch nicht gezogen.

Zum anderen wird die Ansicht vertreten, Gewohnheitsrecht könne unter Geltung des Grundgesetzes nicht mehr einfach angenommen werden.⁶⁵³ Das Volk habe seine Rechtssetzungsmacht auf den Staat übertragen und sich ihrer damit vollständig entäußert.⁶⁵⁴ Gewohnheitsrecht als von den Staatsbürgern erzeugtes und damit nichtstaatliches Recht sei daher grundsätzlich unzulässig.⁶⁵⁵ Es könne nur anerkannt werden, wenn es durch das Grundgesetz zugelassen sei.⁶⁵⁶ Als eine Norm, die die Zulassung aussprechen könne, käme Art. 20 Abs. 3 GG in Betracht.⁶⁵⁷ Dieser Ansatz stellt in Rechnung, dass es sich beim Gewohnheitsrecht um archaisches Recht früherer Gesellschaften

⁶⁴⁴ S.o. B IV.

⁶⁴⁵ So auch Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 57.

⁶⁴⁶ S.o. B III 1.

⁶⁴⁷ Walter, Gewohnheit, ÖJZ 1963, 225 (226f.).

⁶⁴⁸ Vgl. R. Dreier, Gewohnheitsrecht, in: Staatslexikon II, Sp. 1061 (Anerkennung, Gestattung oder Duldung); dazu auch Klami, Gewohnheitsrecht (insbes. S. 349ff.).

⁶⁴⁹ Freitag, Gewohnheitsrecht, S. 144.

⁶⁵⁰ Vgl. H. Müller, Rechtsquellen, S. 151.

⁶⁵¹ Koller, Theorie des Rechts, S. 111; Kortgen, Gewohnheitsrecht, S. 182; dagegen Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 55, der eine gesetzliche Anordnung zur Anerkennung von Gewohnheitsrecht verlangt.

⁶⁵² Koller, a.a.O., S. 112.

⁶⁵³ Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 160.

⁶⁵⁴ F. Kichhof, Private Rechtssetzung, S. 54f.; a. A. H. Müller, Rechtsquellen, S. 151.

⁶⁵⁵ Nawiasky, Bayr. Verfassungsrecht, S. 340f..

⁶⁵⁶ Nawiasky, a.a.O., S. 341f..

⁶⁵⁷ H. M., vgl. nur F. Kichhof, Private Rechtssetzung, S. 55f..

handelt⁶⁵⁸, in denen Staat und Gesellschaft nicht deutlich unterschieden waren und dass es insbesondere im Zivilrecht als staatsfernem Recht noch eine Rechtssetzungsbefugnis der Gesellschaft geben kann.

Das Gewohnheitsrecht war in der deutschen Rechtswirklichkeit lange bekannt, teilweise erschien es als einzige Rechtsquelle. Bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches setzte man sich daher mit dem Gewohnheitsrecht auseinander.⁶⁵⁹ Im Ersten Entwurf sollte in § 2 das Gewohnheitsrecht gänzlich ausgeschlossen werden.⁶⁶⁰ Da dann die Judikative in vielen Fällen, die bisher als gewohnheitsrechtlich geregelt angesehen wurden, hätte einspringen müssen, sah man von dieser Regelung ab. Im Zweiten Entwurf ging man dann davon aus, dass Gewohnheitsrecht sich bilden könne.⁶⁶¹

Ausgehend von dieser historischen Anerkennung des Gewohnheitsrechts (jedenfalls in Teilen der deutschen Rechtsordnung⁶⁶²) kann unterstellt werden, dass das Grundgesetz die Entstehung von Gewohnheitsrecht wohl ausdrücklich ausgeschlossen hätte, wenn es seine künftige Entwicklung im Verfassungsstaat nicht gewollt hätte.⁶⁶³ Das insoweit herrschende Schweigen des Grundgesetzes⁶⁶⁴ und die "Einfallklausel" des Art. 123 GG legen deshalb die Vermutung nahe, dass auch unter dem Grundgesetz die Entstehung von Gewohnheitsrecht nicht gänzlich ausgeschlossen ist.⁶⁶⁵

Teilweise wird davon ausgegangen, dass Gewohnheitsrecht vom deutschen Gesetzgeber gebilligt werde.⁶⁶⁶ Auch dies würde der deutschen Tradition entsprechen.

Gewohnheitsrecht wird von der h. M. auch im Verfassungsstaat des Grundgesetzes als Rechtsquelle angesehen und als Rechtsquellenart neben den geschriebenen Rechtsquellen behandelt.⁶⁶⁷ Es wird als von Art. 20 Abs. 3 GG anerkannt angesehen und damit grundsätzlich zum Teil der deutschen Rechtswirklichkeit erklärt.⁶⁶⁸

Auch wenn Zweifel daran angebracht sind, die Entstehung von Gewohnheitsrecht unter dem Grundgesetz generell anzuerkennen, bedeutet Art. 123 GG jedenfalls, dass in der grundgesetzlichen Rechtsordnung dasjenige Gewohnheitsrecht zugelassen ist, welches bereits vor Inkrafttreten des Grundgesetzes entstanden war und in die neue Rechtsordnung übernommen werden konnte.⁶⁶⁹ Es spricht einiges dafür, dass Recht, das heute als Gewohnheitsrecht angewendet wird, bereits vor Schaffung des Grundgesetzes entstanden war.⁶⁷⁰ Allerdings müsste der Beweis dafür in jedem Einzelfall geführt werden. War Gewohnheitsrecht eine dem deutschen Recht tatsächlich bekannte Rechtsart, konnte bestehendes Gewohnheitsrecht im Rahmen des Art. 123 GG in die grundgesetzliche Rechtsordnung inkorporiert werden.

Gewohnheitsrecht lässt sich - wie das Richterrecht - nicht fest auf einer Stufe der Rechtsquellenhierarchie verorten. Nach allgemeiner Ansicht soll es sich auf jeder Rangstufe

⁶⁵⁸ F. Kirchhof, a.a.O., S. 55 Fn. 128.

⁶⁵⁹ Säcker, in: MüKo, BGB I, Einleitung Rn. 78 u. 80.

⁶⁶⁰ Motive 1888, I, S. 7ff..

⁶⁶¹ Protokolle, 1897, S. 3f.; vgl. auch Bertelmann, Ratio decidendi, S. 20f..

⁶⁶² Ausführlich Raisch, Gewohnheitsrecht, ZHR 150, 117 (123).

⁶⁶³ Siehe Ossenbühl, in: HdbStR III, § 61 Rn. 30, unter Hinweis auf F. Kirchhof, Private Rechtssetzung, S. 124ff.; Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 30ff..

⁶⁶⁴ Haas, Landesrecht, DVBl. 1957, 368 (374); Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 147 m. w. N..

⁶⁶⁵ H. Müller, Rechtsquellen, S. 151; Wipfelder, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, DRiZ 1980, 441ff..

⁶⁶⁶ H. Müller, a.a.O., S. 125 m. w. N..

⁶⁶⁷ S.o. B IV 2.

⁶⁶⁸ Vgl. nur Gröpper, Gewohnheitsrecht, DVBl. 1969, 945; Mayer/Kopp, AllgVerwR, S. 98; Neuhaus, Gewohnheitsrecht, JuS-Lernbogen 1996, L 41 (L 42); Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 106.

⁶⁶⁹ Dies zeigen auch die Überlegungen zur Bestimmung des materiellen Gesetzesbegriffs in Art. 20 III GG: Gewohnheitsrecht wurde als existent angesehen und ihm wurden verschiedene Eigenschaften zugeschrieben.

⁶⁷⁰ Dies trifft nach der gerichtlichen Begründung beispielsweise auf die c.i.c. und die pVV zu; vgl. nur Brox, Allg. Schuldrecht, § 5 Rn. 1 (c.i.c.) u. § 24 Rn. 3.

der Normenhierarchie bilden können.⁶⁷¹ Gibt es Gewohnheitsrecht auf jeder Stufe der Hierarchie, so teilt es den Rang der geschriebenen Normen, auf deren Stufe es sich gebildet hat. Es wirkt genauso wie das geschriebene Recht der betreffenden Hierarchiestufe. Älteres Gewohnheitsrecht kann daher von anderen auf der selben Stufe zur Rechtssetzung Befugten abgeschafft werden.

1. Nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht

Die uneingeschränkte Anerkennung des Gewohnheitsrechts⁶⁷² ist jedoch ein unbegründetes Postulat. Unzweifelhaft kann vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht gem. Art. 123 GG weitergelten. Dieses vorkonstitutionelle Gewohnheitsrecht könnte auch uneingeschränkt in allen Rechtsgebieten zu finden sein, da seine Regelungen nur inhaltlich den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechen müssen.⁶⁷³

Fraglich ist aber, ob Art. 20 Abs. 3 GG auch nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht auf allen Rechtsgebieten erlaubt.⁶⁷⁴

Nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht kann nur anerkannt werden, wenn es als anerkannte Rechtserscheinung der grundgesetzlichen Ordnung begründet werden kann.

Derartige Begründungsversuche werden selten unternommen. Meist begnügt man sich mit der Darstellung der konstituierenden Merkmale des Gewohnheitsrechts⁶⁷⁵, lehnt es - zumindest im Verwaltungsrecht - völlig ab⁶⁷⁶, bestreitet seine Bedeutung (nicht aber seine Zulässigkeit) in der heutigen kodifizierten Rechtsordnung⁶⁷⁷ oder bejaht seine Zulässigkeit und Bedeutung in der modernen Rechtsordnung⁶⁷⁸ und erklärt es sogar zur Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe durch die Verwaltung.⁶⁷⁹

Bei alledem wird die Zulässigkeit von nachkonstitutionellem Gewohnheitsrecht in der deutschen Rechtsordnung insgesamt selten⁶⁸⁰ in Frage gestellt. Allenfalls werden die praktischen Schwierigkeiten der Feststellung des Gewohnheitsrechts durch den Richter und dessen damit verbundene "Inkraftsetzung" hervorgehoben.⁶⁸¹ Für das Gebiet des öffentlichen Rechts beschäftigt man sich sodann mit der Frage, ob einem unter Mitwirkung⁶⁸² der Verwaltung entstandenen Gewohnheitsrecht der Grundsatz der Gewaltenteilung entgegen steht.⁶⁸³

Die Entstehung nachkonstitutionellen Gewohnheitsrechts könnte unter Berufung auf Art. 20 Abs. 3 GG angenommen werden. Das Gewohnheitsrecht war als Rechtsart im deutschen Recht nie umstritten. Allerdings gab es schon immer Zweifel daran, ob es eine Rechtsart

⁶⁷¹ Vgl. nur R. Dreier in: Staatslexikon II, Sp. 1060.

⁶⁷² R. Dreier, Gewohnheitsrecht, a.a.O., Sp. 1062.

⁶⁷³ Zustimmend BVerfGE 54, 224 (234); 57, 121 (134f.).

⁶⁷⁴ Ablehnend Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn. 22.

⁶⁷⁵ S. o. B IV.

⁶⁷⁶ Schon O. Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 88f..

⁶⁷⁷ Vgl. für diese allgemeine Feststellung nur Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 12; ders., in: HdbStR III, § 61 Rn. 44f..

⁶⁷⁸ R. Dreier, Gewohnheitsrecht, in: Staatslexikon II, Sp. 1059ff.; Ostertun, Gewohnheitsrecht, insbes. S. 30ff..

⁶⁷⁹ Witthohn, Gewohnheitsrecht; dagegen Reck, Gewohnheitsrecht, JZ 2001, 375 (378).

⁶⁸⁰ Exemplarisch Gröpper, Gewohnheitsrecht, DVBl. 1969, 945 m. w. N..

⁶⁸¹ Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 48ff.; Stahl, Bindung der Staatsgewalten, S. 70f..

⁶⁸² Die Mitwirkung der Gerichte an der Gewohnheitsrechtsentstehung wird zuvor abgelehnt. Vgl. R. Dreier, Gewohnheitsrecht, in: Staatslexikon II, Sp. 1060; Stahl, a.a.O., S. 62ff.; Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 20.

⁶⁸³ Ausführlich Witthohn, a.a.O., S. 122ff. m. w. N..

des Öffentlichen Rechts ist.⁶⁸⁴ Bei Schaffung des Grundgesetzes gab es jedenfalls keine Diskussion um das Gewohnheitsrecht.⁶⁸⁵

Die Entstehung von Gewohnheitsrecht, das materielles Gesetz ist, bedeutet Rechtssetzung. Diese ist grundsätzlich Ausübung von Staatsgewalt.⁶⁸⁶ Unter dem Grundgesetz geht die Staatsgewalt gem. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG vom Volke aus und wird durch dieses in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt.⁶⁸⁷ Damit fehlt dem Volk als Verfassungsorgan (Staatsvolk) die Möglichkeit Recht zu setzen.⁶⁸⁸ Rechtssetzung durch die Bürger ist dem Grundgesetz fremd.⁶⁸⁹ Sie wäre daher nur dann möglich, wenn die Befugnis zur Rechtssetzung auf die Bürger rückübertragen worden wäre.⁶⁹⁰ Dies kann nach der Ansicht, die Gewohnheitsrecht als Rechtsart unter dem Grundgesetz bejaht, grundsätzlich möglich sein.⁶⁹¹

Die Rückübertragung könnte aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleiten sein, wenn in der Formulierung der Bindung an "Gesetz und Recht" auch das Gewohnheitsrecht erfasst ist, wie viele Autoren annehmen. Doch selbst wenn Art. 20 Abs. 3 GG auch Bezug auf das Gewohnheitsrecht als anerkannte Rechtsart nehmen sollte, so ist damit noch nicht gesagt, ob und gegebenenfalls wie das Grundgesetz zwischen vor- und nachkonstitutionellem Gewohnheitsrecht unterscheidet.

Gegen die Anerkennung auch des nachkonstitutionellen Gewohnheitsrechts durch das Grundgesetz sprechen verschiedene Gründe:

Das Grundgesetz hat die unmittelbare Demokratie (z. B. durch Volksentscheid) nicht vorgesehen. Anders als beispielsweise in der Schweiz kann das deutsche Volk keine Rechtssetzung erzwingen oder aufhalten.⁶⁹² Da dem Volk dieser direkte Weg zur Einwirkung auf die Rechtssetzung verschlossen ist, würde eine originäre Rechtssetzungsbefugnis des Volkes, die durch die Setzung von Gewohnheitsrecht realisiert wird, die exklusive Rechtssetzungsbefugnis der Organe der Staatsgewalt unterminieren und das Verbot der unmittelbaren Demokratie konterkarieren.

Selbst dort, wo die Landesverfassungen unmittelbare Demokratie vorsehen⁶⁹³, erfolgt die angestrebte Rechtssetzung durch die Legislative. Die Formgebung als Recht und damit die abschließende Rechtssetzungsbefugnis verbleibt also auch hier dem Organ der Staatsgewalt.

Da das Grundgesetz die primäre Rechtssetzungsbefugnis der Staatsgewalt verliehen und das Verfahren der Rechtsentstehung geregelt hat, drängt sich die Frage auf, ob nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht (wenn man es als Recht ansieht, das das Grundgesetz zulässt) nur noch auf einzelnen Rechtsgebieten wie dem Zivilrecht gestattet ist. Auf diesem Rechtsgebiet haben sich die meisten der gewohnheitsrechtlichen Regeln entwickelt. In diesem Bereich könnte die Rechtssetzungsmacht auf das Volk

⁶⁸⁴ So ausdrücklich O. Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 88f.; Kirn, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 123 Rn. 7f.; BVerfGE 22, 114 (121); 76, 171 (188).

⁶⁸⁵ Vgl. nur Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 VI Rn. 52; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG II, Art. (Rechtsstaat) Rn. 84. Deshalb geht F. Müller von einem Anerkenntnis des vorkonstitutionellen Gewohnheitsrechts durch das GG aus (Richterrecht rechtstheoretisch, in: FS Uni Heidelberg, S. 65 (82); hinsichtlich der tatsächlichen Entstehungsmöglichkeiten des Gewohnheitsrechts zweifelnd Neuhaus, JuS-Lernbogen 1996, L 41 (L 43f.).

⁶⁸⁶ S.o. C IV.

⁶⁸⁷ Vgl. nur Herzog, in: M/D/H/S, GG II, Art. 20 II Rn. 33ff.; Schnapp, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 31.

⁶⁸⁸ Nawiasky, Bayr. Verfassungsrecht, S. 340f..

⁶⁸⁹ Schnapp, in: v. Münch/Kunig, a.a.O., Art. 20 Rn. 44.

⁶⁹⁰ Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 142ff., geht dagegen davon aus, dass der übereinstimmende Wille der Allgemeinheit nicht ohne Wirkung bleiben könne.

⁶⁹¹ Allerdings ist auch dann mit Witthohn zu fragen, ob (vor- und nachkonstitutionelles) Gewohnheitsrecht mit dem Vorbehalt des Gesetzes zu vereinbaren ist (a.a.O., S. 127ff.).

⁶⁹² Anders ist es zum Teil in den Länderverfassungen geregelt; vgl. insgesamt nur Degenhart, StaatsR I, § 1 Rn. 43ff..

⁶⁹³ Umfassende Darstellung bei Degenhart, a.a.O., Rn. 47ff..

zurückübertragen sein, denn das Zivilrecht ist gerade davon gekennzeichnet, dass die Bürger "unter sich sind" und der Staat sich auf notwendige Regelungen beschränkt. Hier könnte deshalb ein Freiraum für nichtstaatliche Rechtssetzung durch gemeinsame Übung bei übereinstimmender Rechtsüberzeugung gegeben sein. Gemeinsame Übung und übereinstimmende Rechtsüberzeugung sind zwei starke Indizien für die Richtigkeit eines Verhaltens und zeigen, dass ein Bedürfnis für eine staatliche Regelung, die eine ggf. schwächere Partei schützt, nicht gegeben ist.

Das Zivilrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es der Rechtsbereich ist, in dem sich die Bürger als gleichberechtigte Rechtssubjekte gegenüberstehen. Sie wickeln ihre Rechtsgeschäfte privatautonom miteinander ab. Die zivilrechtlichen Vorschriften dienen der Fixierung von Rahmenbedingungen und Grundlagen der Ausübung der Privatautonomie: Sie betreffen das Zustandekommen, die Wirksamkeit und die Abwicklung der Rechtsgeschäfte, die Auslegung der Vereinbarungen und die aus ihnen erwachsenden Rechte, Pflichten und zwangsläufigen Rechtsfolgen oder die Reaktionen auf unerlaubte Handlungen.⁶⁹⁴ Das Zivilrecht gibt also den Rahmen vor, innerhalb dessen der Einzelne und die juristischen Personen frei handeln und entscheiden können. Das gesamte Rechtsgebiet ist von der Gleichordnung der Handelnden und von Staatsferne gekennzeichnet. Der Staat nimmt hier wie ein Privater am Rechtsverkehr teil, tritt also nicht in seiner Machtposition auf.⁶⁹⁵ Trifft er Regelungen auf dem Gebiet des Zivilrechts, dann als außenstehender Rechtssetzer und nicht als Teilnehmer am Rechtsverkehr. Seine Regelungen dienen dem Schutz der Privatautonomie.

Betrachtet man das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiet des Zivilrechts, könnte den natürlichen und juristischen Personen eine eigene Rechtssetzungsbefugnis innerhalb der vom Gesetzgeber vorgegebenen Parameter zugestanden werden. Auf diesem "staatsfernen" Gebiet fällt es leichter, eine Rückübertragung (oder Belassung) der Rechtssetzungsbefugnis anzunehmen und eine auch die Judikative bindende Übung zu akzeptieren. Man kommt nicht ohne weiteres an der Einsicht vorbei, dass eine langandauernde Übung Ausdruck einer Rechtsüberzeugung der Übenden⁶⁹⁶ sein kann⁶⁹⁷, die Beachtung durch die Judikative verlangt. Ist der Staat als juristische Person am Privatrechtsverkehr beteiligt, so kann er an der Bildung von Gewohnheitsrecht beteiligt sein, da er zu den gleichberechtigten Übenden⁶⁹⁸ gehört. Wenn der Staat wie ein Privater am Zivilrechtsverkehr teilnimmt, bedeutet diese Teilnahme keine Ausübung von Staatsgewalt. Unter staatlicher Beteiligung im Zivilrecht entstehendes Gewohnheitsrecht kann aufgrund des privaten Auftretens des Staates nur nichtstaatliches Recht sein. Gewohnheitsrecht im Zivilrecht ist Rechtssetzung im nichtsstaatlichen Bereich.

Das Rechtssetzungsmonopol des Staates bleibt gewahrt, da die Legislative im Rahmen ihrer Kompetenzen jederzeit eigene Regelungen erlassen kann, die dann dem älteren Gewohnheitsrecht vorgehen. Im Übrigen ist durch die Anerkennung des Gewohnheitsrechts im Zivilrecht bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches⁶⁹⁹ und in § 2 EGBGB wegen Art. 123 GG die Entstehung von Gewohnheitsrecht mit staatlicher Billigung möglich.⁷⁰⁰ Dann wäre die Rechtssetzungsbefugnis den Bürgern im Zivilrecht nie völlig entzogen und hat gegenüber staatlicher Rechtssetzung subsidiären Charakter.

Zweifelhaft ist aber in jedem Fall, ob nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht im

⁶⁹⁴ Vgl. nur BVerfGE 70, 115 (123); Palandt-Heinrichs, BGB, vor § 104 Rn. 1.

⁶⁹⁵ Zum Verwaltungsprivatrecht siehe nur Maurer, AllgVerwR, § 17 Rn. 1ff.; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 23 Rn. 29ff..

⁶⁹⁶ Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 19.

⁶⁹⁷ Das bleibt fraglich, denn es ist nicht klar, ob der Richter hierbei einer Rechtsbindung unterliegt oder sich aus Gerechtigkeitserwägungen der Kraft des Faktischen beugt.

⁶⁹⁸ Die Exekutive sowie die Berechtigten und Verpflichteten gehören im Öffentlichen Recht zum Kreis der Übenden (vgl. Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 IV 1 Rn. 13).

⁶⁹⁹ Protokolle 1897, S. 3f..

⁷⁰⁰ Vgl. F. Kirchhof, Private Rechtssetzung, S. 53ff.; für Röhl sind dagegen die genannten Normen nicht Beweis genug, dass Gewohnheitsrecht unter dem GG gestattet ist (Allg. Rechtslehre, S. 526). Zu Gestattungs- und Willenstheorie siehe Ostertun, Gewohnheitsrecht, S. 37ff.; Röhl, a.a.O., S. 525ff..

Öffentlichen Recht möglich ist.⁷⁰¹ Eine Anerkennung, wie sie sich im Zivilrecht nach h. M. herleiten lässt, fehlt im Öffentlichen Recht.⁷⁰² Die angenommene Verankerung des Gewohnheitsrechts in Art. 20 Abs. 3 GG ist eine rechtsgebietsneutrale, die alleine nichts über die vor- oder nachkonstitutionelle Entstehung von Gewohnheitsrecht aussagt. Hinzu kommt, dass mit der ausdrücklichen Rechtssetzungsbefugnis der Exekutive in Art. 80 GG die auch für den Gesetzgeber geltende Aufforderung verbunden ist, dem Bestimmtheitsgrundsatz genüge zu tun.⁷⁰³ Dies ist ein weiterer Grund, der Gewohnheitsrechtssetzung durch die Exekutive skeptisch gegenüber zu stehen.

Zur Begründung des Gewohnheitsrechts im Öffentlichen Recht wird unter anderem mit Art. 103 Abs. 2 GG gearbeitet. Das Verbot „nulla poena sine lege (scripta)“ wird dahingehend verstanden, dass Gewohnheitsrecht im Strafrecht entstehen kann und nur zu Lasten des Täters ausgeschlossen sei.⁷⁰⁴ Hinsichtlich der Lehren des allgemeinen Strafrechts und der außergesetzlichen Rechtfertigungsgründe sei Gewohnheitsrecht hingegen möglich.⁷⁰⁵

Zunächst stellt sich hier die Frage, wie weit die Regelung des Art. 103 Abs. 2 GG überhaupt reicht.

Die Norm könnte ein absolutes Rückwirkungsverbot staatlicher Strafgesetze im Gegensatz zum sonstigen Verständnis zur Rückwirkung von Gesetzen enthalten. Sie kann aber auch die ausschließliche Regelungskompetenz des Staates bedeuten, d.h., dass eine Strafnorm nur als förmliches Gesetz erlassen werden kann. Letzteres wird überwiegend bejaht.⁷⁰⁶ Fraglich bleibt aber, ob die Behauptung zutrifft, Art. 103 Abs. 2 GG erlaube außergesetzliche Rechtfertigungsgründe, und was aus ihr gefolgert werden kann.

Gewohnheitsrecht im Strafrecht würde bedeuten, dass der Staat seinen umfassenden Regelungs- und vor allem Strafanspruch zu Gunsten der Mitwirkung der Bürger an der Rechtsentstehung aufgegeben hätte. Ein solcher Rückzug des Staates im am stärksten von der staatlichen Befugnis geprägten Rechtsgebiet kann nicht einfach unterstellt werden.

Wenn außergesetzliche Rechtfertigungsgründe angewendet werden, könnte es sich bei ihnen um Richterrecht handeln.⁷⁰⁷ Damit läge eine staatliche Regelung vor. Diese ist im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG als ungeschriebenes Recht möglich.⁷⁰⁸ Die Aussage der Vorschrift, dass Strafnormen nur als förmliches Gesetz erlassen werden dürfen, bleibt gewahrt. Zugleich bedeutet die Akzeptanz richterrechtlicher Rechtfertigungsgründe, dass es der Staat bleibt, durch den die Rechtssetzung im Strafrecht erfolgt. Der Nachweis, dass die Rechtssetzungsbefugnis auch im Bereich des Strafrechts teilweise wieder auf das Volk rückübertragen wurde, lässt sich mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht führen. Im Übrigen ist zweifelhaft, wie Gewohnheitsrecht im Strafrecht rein praktisch entstehen können soll.⁷⁰⁹

Der Ablauf des Strafverfahrens mit der letztendlichen Entscheidung eines Gerichts über die Rechtslage und damit auch über die Existenz außergesetzlicher Rechtfertigungsgründe unterstreicht diese Zweifel. Bei Schaffung von Art. 103 Abs. 2 GG war Intention, dass eine Bestrafung ohne vorher fixierte gesetzliche Regelung ausgeschlossen wird. Der Nachweis, dass im Umkehrschluss keine Einengung auf staatlich gesetztes Recht gewollt war, ist

⁷⁰¹ So Gröpper, Gewohnheitsrecht, DVBl. 1969, 945 m. w. N.; Jonas, Gewohnheitsrecht, S. 8ff.; Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 122ff.; differenzierend Maurer, AllgVerwR, § 4 Rn 22.; Renck, Gewohnheitsrecht, JZ 2001, 375 (378); Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 106; ablehnend O. Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 88f.

⁷⁰² Deshalb geht Schnapp davon aus, dass die „Rechtsgemeinschaft“ eine dem GG fremde Rechtsquelle ist (in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 20 Rn. 44).

⁷⁰³ Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 86.

⁷⁰⁴ Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 33f.; zu letzterem Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 60; BVerfGE 95, 96 (132) bejaht Gewohnheitsrecht und Richterrecht. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 1 Rn. 11ff.; Tröndle/Fischer, StGB, § 1 Rn. 9; Roxin, StGB AT, § 5 Rn. 50.

⁷⁰⁵ Degenhart, a.a.O., Rn. 60.

⁷⁰⁶ H. M., vgl. nur Degenhart, a.a.O., Rn. 60.

⁷⁰⁷ So auch Hassemer, in: AK-StGB I, § 1 Rn. 67; Roxin, StGB, § 5 Rn. 50.

⁷⁰⁸ Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 60.

⁷⁰⁹ Vgl. Hassemer, in: AK-StGB I, § 1 Rn. 65. Zweifelnd auch Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 1 Rn. 10.

bisher nicht überzeugend geführt worden.⁷¹⁰

Zudem stellt sich für das Öffentliche Recht die generelle Frage, woher die Kompetenz des Staates in Gestalt der Exekutive käme, sich aktiv an der Entstehung von Gewohnheitsrecht zu beteiligen. Diese Frage lässt sich nicht mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Gewaltenteilung beantworten.⁷¹¹ Hier geht es nämlich nicht allein darum, ob eine der drei Staatsgewalten Recht setzen kann, sondern darum, ob der Staat überhaupt an der Entstehung von Recht in Gestalt von Gewohnheitsrecht mitwirken darf, wenn eine Voraussetzung für dessen Entstehung die einvernehmliche Übung der Betroffenen ist.⁷¹²

Gegen Gewohnheitsrecht, das unter Mitwirkung des Staates auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts entsteht, spricht die ausdrückliche Zuweisung bestimmter Formen innerstaatlicher Rechtssetzung an die Staatsgewalten, sofern sie nicht als Gleichberechtigte am Rechtsleben teilnehmen (wie im Privatrecht): eine allgemeiner verbindliche Rechtsnorm des Staates liegt nur bei Heteronomität ihrer Erzeugung vor.⁷¹³ Neben den Regelungen über die Gesetzgebung in Artt. 70ff. GG beschreibt auch Art. 80 GG die Entstehung materieller Gesetze. Nach der hier vertretenen Ansicht vom Richterrecht als materiellem Gesetz⁷¹⁴ sind damit die Arten staatlich erzeugter Rechtsnormen abschließend erfasst. Es besteht ein Enumerationsprinzip staatlich erzeugbarer Rechtsnormen. Diese Beschränkung der Möglichkeiten staatlicher Normerzeugung verlangt das Gebot der Rechtsklarheit.⁷¹⁵

Die dem Gewohnheitsrecht generell eigene Unsicherheit über seinen Inhalt und den Entstehungszeitpunkt spricht dagegen, es als staatliche Rechtsquellenart anzusehen. Im Zivilrecht kann faktisches Verhalten des Staates, der wie ein Privater auftritt, zu Recht führen. Im Verwaltungsrecht ist das nicht möglich. Hier muss aus Gründen der Rechtsklarheit eine eindeutige staatliche Aussage getroffen werden.⁷¹⁶ Hat der Staat die Rechtssetzungsmacht, kann er von ihr entweder Gebrauch machen oder nicht. Ein Gebrauchmachen bedeutet ein eindeutiges Schöpfen des Rechts und klare Ausübung der staatlichen Gewalt. Die uneingeschränkte Annahme eines durch Übung entstehenden Gewohnheitsrechts ist auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts nicht hinnehmbar. Sie erscheint auch eher wie der Versuch, nicht mit Richterrecht, d.h. ungeschriebener staatlicher Rechtssetzung, arbeiten zu müssen. Normschöpfung gehört in das Verfassungsrechtsverhältnis, in dem die staatlichen Befugnisse zum Schutze der Bürger klar definiert werden. Der Bürger muss wissen, wann und wie der Staat als Staat handeln und damit seine Freiheitssphäre beeinflussen darf.⁷¹⁷ Das Grundgesetz kennt daher nur bestimmte Formen staatlichen Rechts. Ein Mischrecht, bei dessen Entstehung Staat und Bürger zusammenwirken, obwohl sie einander nicht gleichberechtigt gegenüberstehen, gestattet es nicht.⁷¹⁸ Dies gilt insbesondere im Bereich des Vorbehalts des Gesetzes, wo die Art des Rechts, mit dem Regelungen getroffen werden dürfen, vorgegeben ist.⁷¹⁹ Hierüber darf die Exekutive nicht disponieren. Die grundsätzliche Anerkennung exekutiver Rechtssetzung unterstreicht, dass die Exekutive (wie die Rechtsprechung) auf die gesetzlich vorgegebene Ordnung bezogene Befugnisse hat. Der Vorbehalt des Gesetzes macht sie aber unbeweglich und grundsätzlich zum Vollzugsorgan für bereits bestehendes

⁷¹⁰ So aber die h. M., vgl. Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 103 Rn. 25f.; wie hier F. Mayer, Gewohnheitsrecht, BayVBl. 1956, 164 (203f.)

⁷¹¹ A. A. Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 143ff.; dies übersieht Kortgen, Gewohnheitsrecht, S. 219ff..

⁷¹² S.o. B IV; nicht deutlich Rost, Rechtswirkungen, S. 28, der nur die Übungsfähigkeit betrachtet; a. A. Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 143.

⁷¹³ So F. Kirchhof, Private Rechtssetzung, S. 84ff..

⁷¹⁴ Und ggf. den normgleichen VV.

⁷¹⁵ Ähnlich Raisch, Methoden, S.198.

⁷¹⁶ Damit ist nicht nur die Klarheit einer Regelung gemeint (so aber H. Müller, Rechtsquellen, S. 149), sondern auch die Gewissheit über die Existenz einer Regelung.

⁷¹⁷ Freiheitswirkung der Grundrechte; vgl. BVerfGE 7, 198 (204); 50, 290 (336f.), 68, 193 (205).

⁷¹⁸ A. A. Rehinder, Einführung, S. 205, ohne Betrachtung speziell des Öffentlichen Rechts.

⁷¹⁹ Vgl. auch H. Müller, Rechtsquellen, S. 145.

Recht.⁷²⁰

Die Rechtsverhältnisse, die die Rechtsordnung bestimmen⁷²¹, lassen staatliche Rechtssetzung in diesem Zusammenhang eben nur in der Gestalt des (materiellen) Gesetzes zu. Gerade das Öffentliche Recht ist von der staatlichen Machtausübung gekennzeichnet.

Privatrecht und Öffentliches Recht unterscheiden sich im Hinblick auf die Einseitigkeit der Regelungsbefugnis des Öffentlichen Rechts, die als Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsbefugnis gekennzeichnet ist.⁷²² Demgegenüber entsteht das Gewohnheitsrecht durch gemeinsame Übung und in übereinstimmender Rechtsüberzeugung hinsichtlich der neuen Rechtsregeln. Dies ist im Verwaltungsrecht nur selten gegeben.⁷²³

Von einer Regelungsbefugnis der Bürger kann im Bereich des Öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht gesprochen werden. Dessen Ausgangspunkt als Polizei- und Ordnungsrecht mit dem Ziel der Gefahrenabwehr und damit der typischen Intention der Eingriffsverwaltung, eröffnet die Befugnis zur Regelung allein dem Staat. Insofern ähnelt das Ordnungsrecht dem Strafrecht.⁷²⁴ Doch auch die Leistungsverwaltung bedeutet keine gemeinsame Befugnis von Bürgern und Staat, denn auch hier obliegt die Regelungsbefugnis einseitig der öffentlichen Hand⁷²⁵, die auch über die Mittel zur Gewährung der Leistung verfügt.

Zudem ist zu bedenken, dass insbesondere die Exekutive über den Weg der Schöpfung von Recht in Gestalt des Gewohnheitsrechts nicht die Gesetzgebungsbefugnis der Legislative unterminieren und damit den Gewaltenteilungsgrundsatz aushebeln darf.⁷²⁶

Neben diesen grundlegenden normativen Einwänden ist der faktische zu erheben, dass insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung, wo Freiheiten der Bürger eingeschränkt werden, wohl selten eine übereinstimmende Rechtsüberzeugung der Beteiligten festgestellt werden kann.⁷²⁷

Gegen die Ablehnung des Gewohnheitsrechts im Öffentlichen Recht kann auch nicht auf das Völkerrecht verwiesen werden. Soweit Völkerrecht Völkergewohnheitsrecht ist⁷²⁸, kann hieraus nichts über das innerstaatliche Verhältnis von Bürger und Staat gefolgert werden.

Die völkerrechtliche Ebene ist durch das Auftreten gleicher souveräner Rechtssubjekte gekennzeichnet⁷²⁹, die ihr gemeinsames Recht, aus dem sie sich selber berechtigen und verpflichten, erst schaffen müssen. Das Völkerrecht wird durch Übung gleichberechtigter Partner erzeugt.⁷³⁰ Diese können sich ausdrücklich auf Regeln verständigen, was heute immer öfter der Fall ist. Sie können den rechtlichen Umgang miteinander aber auch übereinstimmend üben.⁷³¹

Damit ist das Völkerrecht von einer dem Zivilrecht vergleichbaren Grundstruktur geprägt: Es handelt sich um Recht unter Gleichen und ist gerade nicht von der einseitigen

⁷²⁰ So auch F. Müller, Richterrecht rechtstheoretisch, in: FS Uni Heidelberg, S. 65 (81); a. A. H. Müller, a.a.O., S. 146.

⁷²¹ S.o. C IV.

⁷²² Gröschner in: G/D/H/W, Rechtsphilosophie, Einführung II 2 (S. 6); Ausnahmen sind Verwaltungsverträge (§§ 54ff. VwVfG).

⁷²³ Ähnlich H. Müller, Rechtsquellen, S. 134, der allerdings im Verwaltungsrecht Gewohnheitsrecht nur ablehnt, wenn es um Eingriffsverwaltung geht. Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 132, weist zu recht darauf hin, dass der "bloße Behördengebrauch (nicht) ... mehr als den auf den Rechtsunterworfenen ausgeübten Zwang verkörpert". Daher fehlt es an gemeinsamer (freiwilliger) Übung.

⁷²⁴ Zutreffend H. Müller, a.a.O., S. 155 m. w. N..

⁷²⁵ Ähnlich F. Müller, Richterrecht rechtstheoretisch, in: FS Uni Heidelberg, S. 65 (81); Neuhaus, Gewohnheitsrecht, JuS-Lernbogen 1996, L 41 (L 42f.); a. A. Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 38ff..

⁷²⁶ A. A. H. Müller, Rechtsquellen, S. 167.

⁷²⁷ H. Müller, a.a.O., S. 146 m. w. N..

⁷²⁸ Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 31; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 25 V Rn. 20.

⁷²⁹ Vgl. nur Gloria, in: K. Ipsen, Völkerrecht, § 26 Rn. 7ff.; Kimminich, Völkerrecht, S. 106.

⁷³⁰ Heintschel v. Heinegg, in: K. Ipsen, Völkerrecht, § 16 Rn. 1ff.; Kimminich, a.a.O., S. 206.

⁷³¹ Heintschel v. Heinegg, a.a.O., § 16 Rn. 1; Kimminich, a.a.O., S. 208.

Rechtssetzungsbefugnis eines Beteiligten geprägt.⁷³² Das Anerkenntnis eines völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts fällt daher nicht schwer, da es dort keinen übergeordneten Gesetzgeber gibt, der außerhalb der völkerrechtlichen Rechtssubjekte steht.⁷³³ Doch auch im Völkerrecht wird aufgrund der zunehmenden Regelungsbedürftigkeit und des damit einhergehenden Bedürfnisses nach Rechtsklarheit das Gewohnheitsrecht immer stärker von völkerrechtlichen Verträgen (und damit schriftlich formulierten Willensbekundungen) verdrängt.⁷³⁴

Eine übereinstimmende Übung unter Gleichen ist in einem Bereich des Öffentlichen Rechts in Deutschland noch denkbar: im Staatsorganisationsrecht. Hier können verschiedene Staatsorgane an einer Übung beteiligt sein.⁷³⁵ Im Staatsorganisationsrecht ist allerdings die Sphäre des Bürgers nicht betroffen. Es handelt sich nicht um Öffentliches Recht zur Regelung von Rechten und Pflichten der Bürger, sondern um Regelungen über das Zusammenspiel der Staatsorgane, die einander als Gleichberechtigte gegenüberstehen. Insoweit ist wiederum keine Vergleichbarkeit mit dem sonstigen Öffentlichen Recht gegeben.

2. Ergebnis

In der deutschen Rechtsordnung kann es nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht allenfalls noch im Zivilrecht und im Staatsorganisationsrecht geben.

Daher ist zu bezweifeln, dass es allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts gibt, die Gewohnheitsrecht sind. Zu ihrem Nachweis müsste gezeigt werden, dass sie bereits vor Inkrafttreten des Grundgesetzes Gewohnheitsrecht waren. Dieser Nachweis müsste auch darstellen, dass die Entstehung von Gewohnheitsrecht, insbesondere im Bereich des Öffentlichen Rechts in der jeweiligen vorgrundgesetzlichen Rechtsordnung überhaupt möglich war.

In jedem Fall ist die Entstehung von Gewohnheitsrecht im Öffentlichen Recht seit Inkrafttreten des Grundgesetzes ausgeschlossen, da das Verfassungsrechtsverhältnis die einseitige staatliche Rechtssetzung vorsieht soweit der Staat in hoheitlicher Funktion auftritt und von seinem Gewaltmonopol Gebrauch macht.

⁷³² Dies zeigen auch die wichtigsten Rechtsquellen des Völkerrechts: Verträge und Völkergewohnheitsrecht, vgl. Kimminich, a.a.O., S. 205ff.; Seidl-Hohenveldern/Stein, Völkerrecht, Rn. 173ff.

⁷³³ Faller, Rechtslehre, S. 113.

⁷³⁴ Faller, a.a.O., S. 114.

⁷³⁵ Vgl. Rost, Rechtswirkungen, S. 29ff. (insbes. S. 31) mit Verweis auf Organisationsnormen; Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 133f., der Verfassungsgewohnheitsrecht i. E. ablehnt (s. S. 144); Witthohn, Gewohnheitsrecht, S. 32f..

VII. Rechtsordnung unter dem Grundgesetz

Nach dem bisher Gesagten ist Richterrecht mit der gleichen Verbindlichkeit ausgestattet, wie sie Gesetz und Gewohnheitsrecht eigen ist. Richterrecht gehört zu den Rechtsquellen. Dieses Ergebnis entspricht der deutschen Rechtsordnung. Dennoch wird es mit Unbehagen betrachtet werden: Auch wenn das Grundgesetz Richterrecht zulässt und dieses in seinen Wirkungen sogar dem Gesetz gleichgestellt werden muss, sollen Bedenken hinsichtlich der geringen demokratischen Legitimation der Judikative bestehen.

1. Demokratische Legitimation der richterlichen Rechtssetzer

Bereits die grundgesetzliche Zulässigkeit des Richterrechts relativiert diese Bedenken. Nur die Legislative, als erster Rechtsschöpfer im Staat, muss direkt demokratisch legitimiert werden. Das Legitimationserfordernis kann für die beiden anderen Gewalten nicht ebenso erhoben werden, da diese nur insoweit rechtssetzend tätig werden, wie es zur Erfüllung ihrer primären Aufgaben unerlässlich ist. Nur diese Rechtssetzung wird ihnen durch das Grundgesetz erlaubt. Damit schwächt das Grundgesetz selber das Legitimitätsersfordernis ab. Die Legitimation der rechtsprechenden Gewalt muss aufgrund der Aufgabe, die die Judikative zu erfüllen hat, nur eine abgeschwächtere sein als die der Legislative.⁷³⁶ Den Richtern wird durch das Grundgesetz die sachliche und persönliche Unabhängigkeit garantiert, um ihre objektive Streitschlichterrolle sicherzustellen. Zugleich werden sie von Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG an das Gesetz gebunden. Über die Gesetzesbindung wird auch der Judikative Legitimation vermittelt, die von der Legitimation der Legislative abgeleitet ist. Hinzu kommt die personelle Legitimation der Richter durch Ernennung oder Wahl.⁷³⁷ Darüber hinaus bedeutet nach hier vertretener Ansicht das Anerkenntnis des Richterrechts durch die Verfassung eine zusätzliche Legitimation: indem das Grundgesetz die drei Gewalten vorsieht und der Rechtsprechung die Fortbildung des Rechts aufgibt, wird der Rechtsprechung eine spezielle funktionell-institutionelle Legitimation⁷³⁸ zuteil. Das Grundgesetz vertraut die rechtsprechende Gewalt den Richtern als Personen und nicht den Gerichten an.⁷³⁹ Richter sind Amtswalter⁷⁴⁰ und werden nach der Anordnung des Art. 33 Abs. 2 GG nach ihrer Befähigung für das Richteramt ausgewählt.⁷⁴¹ Die besondere Ausbildung des Richters gepaart mit der ihm verfassungsrechtlich übertragenen Aufgabe der Rechtsfortbildung verbindet das Legitimations- mit dem Gestaltungsprinzip.⁷⁴² Mehr Legitimation als über die Gesetzesbindung vermittelt, flankiert durch die von Art. 33 Abs. 2 GG geforderte Eignung, sind nach dem Grundgesetz nicht erforderlich. Hier zeigt sich eine gewisse Parallele zu den Mitgliedern der Legislative. Die an das Gesetz gebundene sachliche Unabhängigkeit der Richter korrespondiert mit der Gewissens- und Weisungsfreiheit der Abgeordneten.⁷⁴³ Die Abgeordneten schaffen Recht in Gestalt der

⁷³⁶ Zum sog. Legitimationsniveau siehe nur Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation, AöR 116, 329 (366). Zur mittelbaren Legitimation der Richter auch Wank, Rechtsfortbildung, S. 207ff..

⁷³⁷ H. Dreier, in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 131.

⁷³⁸ H. Dreier, a.a.O., Rn. 132; Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 92 Rn. 8.

⁷³⁹ Meyer, in: von Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 92 Rn. 4; Schultze-Fielitz, in: H. Dreier, GG III, Art. 92 Rn. 51ff. (55).

⁷⁴⁰ Zum Begriff des Amtes vgl. nur Henke, Recht, § 36; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 33 Rn. 16; Schultze-Fielitz, a.a.O., Rn. 55.

⁷⁴¹ Art. 33 II GG gewährleistet im Interesse institutioneller Funktions- und Leistungsfähigkeit das Prinzip der Bestenauslese (vgl. nur Lübke-Wolff, in: H. Dreier, GG II, Art. 33 Rn. 32).

⁷⁴² Gröschner, in: HdbStR I, § 23 Rn. 53ff. (insbes. 65ff.) – erscheint demnächst.

⁷⁴³ Zum Abgeordnetenstatus vgl. nur Morlok, in: H. Dreier, GG II, Art. 38 Rn. 136ff.; Trute, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 2, Art. 38 Rn. 73.

Gesetze. Die Richter bilden das Recht fort, schaffen Einzelfallgerechtigkeit und verwirklichen auf diese Weise als "Agenten des Staates"⁷⁴⁴ die von der Legislative formulierten Allgemeininteressen des Staates. Die Entscheidung darüber, wie dem Gemeinwohlinteresse am besten gedient ist, wie Gerechtigkeit (im Einzelfall) verwirklicht werden kann, ist (in je unterschiedlichem Maße) eine Gewissensentscheidung⁷⁴⁵ der Abgeordneten und Richter. Dabei ist das richterliche Gewissen fachlich geschult. Wegen der durch Artt. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 und 33 Abs. 2 GG demokratischen und fachlichen Legitimation der Richter, kann der Einwand des Legitimitätsdefizits der Rechtsprechung nicht durchgreifen.

2. Postulat der Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung

Die Bedenken sind zudem aus methodischen Gründen unzutreffend.

Ein Teil des Richterrechts, das sog. gesetzesvertretende Richterrecht⁷⁴⁶, entsteht in Bereichen, in denen der Gesetzgeber keine Regelung getroffen hat. In diesen Fällen wird davon gesprochen, dass die Rechtsordnung lückenhaft sei.⁷⁴⁷ Dort wird das Richterrecht besonders skeptisch gesehen.⁷⁴⁸

Im Falle der Auslegung oder Konkretisierung gesetzlicher Regelungen wird angenommen, der Gesetzgeber habe die Richter geradezu beauftragt, seine Regelungen zu vervollkommen.⁷⁴⁹ So werde die richterliche Rechtsfortbildung zusätzlich legitimiert. Diese Legitimationsmöglichkeit fehle in den Fällen "echter Lücken".⁷⁵⁰ Dieser Einwand überzeugt nicht.

Zweifelhaft ist zunächst, ob in den modernen Rechtsstaaten westlicher Demokratien überhaupt von Lücken der Rechtsordnung gesprochen⁷⁵¹ und damit die Legitimation des Richterrechts aus diesem Grunde in Zweifel gezogen werden kann.⁷⁵²

Darüber hinaus muss hinterfragt werden, ob der Richter in Fällen der Gesetzeslücke das Recht gar nicht schöpfe, sondern Recht einer höheren als der gesetzlichen Ordnung anwende.⁷⁵³ Dies würde nur zutreffen, wenn Rechtsordnung eng als die Ordnung zu definieren wäre, die sich allein aus dem Wortlaut der geschriebenen Gesetze ergibt. Gegen eine solche Definition spricht bereits die Existenz von Gewohnheits- und Richterrecht.⁷⁵⁴

Mit Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland konstituiert. Der Akt der Verfassungsgebung schuf die neue Rechtsordnung und schloss mit der rechtlichen Vergangenheit ab, indem diese entweder in die neue Staats- und Rechtsordnung aufgenommen oder bewusst aus ihr ausgeschlossen wurde.⁷⁵⁵

Die Schöpfer des Grundgesetzes waren sich der Schwierigkeit ihrer Aufgabe bewusst, eine Rechtsordnung zu konstituieren, die der deutschen Vergangenheit adäquat Rechnung tragen

⁷⁴⁴ So Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 3, Art. 92 Rn. 8.

⁷⁴⁵ Vgl. dazu Mock, Gewissen, in: Auslegung, Mock/Jakob, S. 69ff..

⁷⁴⁶ S.o. B V.

⁷⁴⁷ Vgl. nur Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 191ff.; Müller/Christensen, Methodik, Rn. 105f..

⁷⁴⁸ Müller/Christensen, a.a.O., Rn. 107; Zippelius, Methodenlehre, § 11 II (S. 72).

⁷⁴⁹ Vgl. Angaben bei Kruse, Richterrecht, S. 7ff..

⁷⁵⁰ Lückenhaftigkeit der gesamten Rechtsordnung postuliert auch Kruse, Richterrecht, S. 13.

⁷⁵¹ So aber BVerfGE 34, 269 (287); dagegen Müller/Christensen, Methodik, Rn. 144ff.; Wank, Rechtsfortbildung, S. 69ff..

⁷⁵² F. Müller, Richterrecht rechtstheoretisch, in: FS Uni Heidelberg, S. 65 (72 u. 83: funktionelle Unvollständigkeit); Müller/Christensen, Methodik, S. 267; Schreiber, Rechtsnormen, S. 190.

⁷⁵³ So aber Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 104.

⁷⁵⁴ S.o. B IV, V.

⁷⁵⁵ Hesse in: HdbVerfR, § 1 Rn. 9, der den Gedanken der Geschichtlichkeit des Rechts deutlich hervorhebt.

würde. Sie gingen die Aufgabe nicht mit dem Anspruch an, eine allumfassende geschriebene Verfassung zu schaffen, sondern wollten in der Verfassung die elementarsten Regelungen treffen, die den Charakter der Bundesrepublik prägen und einen Rückfall in die Rechtsstaatslosigkeit verhindern sollten. Der fragmentarische Charakter des Grundgesetzes ist kennzeichnend für durch ein Verfassungsgesetz geschaffenes Recht und bildet auf der Ebene der Verfassung das "Einfallstor" für ungeschriebenes Recht.⁷⁵⁶

Die deutsche Rechtsgeschichte kennt das ungeschriebene Verfassungsrecht seit langem.⁷⁵⁷ Das Grundgesetz soll nach dem Willen des Verfassungsgebers die Idee der maximalen Verwirklichung der Gerechtigkeit enthalten.⁷⁵⁸ Dieses Ideal kann in einem abschließenden Text kaum erreicht werden, da die Rechtsordnung wie die Gesellschaftsordnung dem Wandel unterworfen ist. Darüber hinaus ist eine umfassende schriftliche Regelung aus praktischen Gründen nicht realisierbar. Das Grundgesetz musste fragmentarisch sein, um nicht zu rasch zu veralten. Der Regelungsumfang des Grundgesetzes geht über den geschriebenen Verfassungstext hinaus. Die Verfassung enthält auch mehr als geschriebenes Verfassungsrecht.⁷⁵⁹

Die Existenz ungeschriebenen Rechts stellt den Rechtsanwender immer vor die Frage, ob Schweigen des geschriebenen Rechts eine bewusste Nichtregelung bedeutet oder ob ungeschriebenes Recht tatsächlich vorliegt. Da die geschriebene Verfassung keine Kodifikation mit umfassendem Regelungsanspruch ist, sondern nur dasjenige regelt, was wesentlich und einer ausdrücklichen Regelung bedürftig erschien⁷⁶⁰, muss hinsichtlich des nicht ausdrücklich Geregelter festgestellt werden, ob das Ungeregelte stillschweigend vorausgesetzt wird⁷⁶¹ oder nicht. Auch ungeschriebenes Verfassungsrecht muss sich auf die geschriebene Verfassung zurückführen lassen.⁷⁶²

Vom ungeschriebenen Verfassungsrecht soll das sog. "zugeordnete"⁷⁶³, abzuleitende oder stillschweigende⁷⁶⁴ Verfassungsrecht⁷⁶⁵ zu unterscheiden sein. Es zeichnet sich dadurch aus, dass es in einer "Präzisierungsrelation" zum geschriebenen Verfassungsrecht stehen soll⁷⁶⁶ und damit die Konkretisierung bzw. Präzisierung einer Verfassungsrechtsnorm ist. Die Verfassungsnormen werden durch das zugeordnete Verfassungsrecht mit Inhalt versehen. Die zugeordneten Normen sind damit Verfassungsrecht, das aus geschriebenem Verfassungsrecht abzuleiten ist. Nach *Wipfelder*⁷⁶⁷ ist ungeschriebenes Recht z. B. in Rechtsgrundsätzen zu findendes und in der Verfassung nicht direkt zum Ausdruck gekommenes Recht. Demgegenüber ist stillschweigendes/zugeordnetes Recht das in der ursprünglichen Rechtsquelle (Verfassung) mitgeschriebene Recht. Es baut unmittelbar auf geschriebenem Recht auf, legt dieses aus, ergänzt es in Lückenfällen.

Die Unterscheidung zwischen ungeschriebenem und "zugeordnetem" Verfassungsrecht bedeutet keine Unterscheidung in verschiedene Rechtsarten. Wie *H. Wolff* klargestellt hat, sind die bisherigen Erklärungsversuche für ungeschriebenes Verfassungsrecht nicht überzeugend.⁷⁶⁸ Die Begründungen des ungeschriebenen Verfassungsrechts über

⁷⁵⁶ Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 96; Schilling, Rang und Geltung, S. 168f..

⁷⁵⁷ Hesse, Grundzüge, Rn. 34 m. w. N.; Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 45ff.; H. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht (insbes. S. 196ff.).

⁷⁵⁸ Schultze-Fielitz in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 48ff..

⁷⁵⁹ Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 45ff.; Wipfelder, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, DRiZ 1980, 441 (442).

⁷⁶⁰ Hesse, Grundzüge, Rn. 21; Wipfelder, a.a.O., S. 443.

⁷⁶¹ Hesse, a.a.O., Rn. 18; H. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 404ff..

⁷⁶² Wipfelder, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, DRiZ 1980, 441 (442); H. Wolff, a.a.O., S. 404ff..

⁷⁶³ Der Begriff wird eingeführt von Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 59ff..

⁷⁶⁴ Wipfelder, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, DRiZ 1980, 441 (444).

⁷⁶⁵ H. Huber, Probleme, S. 342.

⁷⁶⁶ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 60.

⁷⁶⁷ Ungeschriebenes Verfassungsrecht, DRiZ 1980, 441 (446).

⁷⁶⁸ Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 398ff. m. w. N..

Gewohnheitsrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze oder Naturrecht sind unter Geltung des Grundgesetzes nicht möglich.⁷⁶⁹ Von ungeschriebenem Verfassungsrecht kann nur im Sinne des "mitgesetzten" oder zugeordneten Rechts gesprochen werden, dessen Rechtsquelle das Grundgesetz ist.⁷⁷⁰

Neben dem mitgesetzten Verfassungsrecht erschwert die Auslegungsbedürftigkeit auch des ausdrücklich niedergeschriebenen Rechts⁷⁷¹ die Arbeit mit den Verfassungsbestimmungen. Die Weite der Bestimmungen stellt die langfristige Modernität und begrenzte Wandelbarkeit der Verfassung sicher.⁷⁷² Eine Verfassung soll nicht ständiger Änderung bedürftig sein und ist nur unter erschwerten Bedingungen änderbar.⁷⁷³ Dennoch muss sie für die gedachte Ewigkeit eines Staates geeignet sein, weshalb Verfassungen entwicklungsoffener⁷⁷⁴ sind als einfache Gesetze.

Die Interpretationsfähigkeit und -bedürftigkeit der geschriebenen Verfassung und die Identifizierung und Anwendung des mitgeschriebenen Verfassungsrechts ist zunächst Aufgabe des einfachen Gesetzgebers.⁷⁷⁵ Daneben tritt die Ausdeutung durch die Rechtsprechung - insbesondere die des Bundesverfassungsgerichts. Die Mitwirkung der Rechtsprechung an der Ausdifferenzierung des Verfassungsrechts bedeutet deshalb aber nicht, dass das "mitgesetzte" Recht (ausschließlich) "Verfassungsrichterrecht"⁷⁷⁶ wäre. Im Gegensatz zum einfachen Recht ist dem Verfassungsrecht eine Punktualität eigen, die aus dem Versuch der möglichst grundlegenden und auf wenige Regelungen beschränkten Normierung resultiert. Daher sind die Erwägungen des Parlamentarischen Rates von weitreichender Bedeutung⁷⁷⁷ und es muss von der bewussten Mitsetzung der nicht geschriebenen Normen ausgegangen werden.⁷⁷⁸ Um Richterverfassungsrecht kann es sich beim Auslegungsrecht, nicht aber bei aus dem Verfassungsrecht heraus konkretisierten Recht handeln. Hier ist die richterliche Rechtsschöpfung wie das konkretisierende einfache Gesetz unterhalb der Verfassung anzusiedeln.

Von den verschiedenen Funktionen einer Verfassung interessiert im Zuge dieser Arbeit die Funktion der Schaffung der rechtlichen Grundordnung des Staates.⁷⁷⁹ Die Verfassung bildet den Rahmen der Rechtsordnung, gibt ihr Raum und Begrenzung.⁷⁸⁰ Diese Funktion kann eine Verfassung nur erfüllen, wenn sie alles Recht inkorporiert oder gestattet, das bekannt und notwendig ist, vor ihren Vorgaben Bestand hat⁷⁸¹ und der Komplexität jeder Rechtsordnung Rechnung trägt.

⁷⁶⁹ H. Wolff, a.a.O., S. 400f.; s.o. C IV.

⁷⁷⁰ H. Wolff, a.a.O., S. 404ff.

⁷⁷¹ Siehe nur Hesse, Grundzüge, § 2 Rn. 49f.

⁷⁷² Hesse, in: HdbVerfR, § 1 Rn. 15, weist darauf hin, dass die Verfassung keine vollständige Kodifikation, sondern eine punktuelle Zusammenfassung der Grundzüge der Gesamtordnung der Gemeinschaft ist und damit eine offene Ordnung erzeugt. Ähnlich Wipfelder, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, DRiZ 1980, 441 (442).

⁷⁷³ Vgl. Art. 79 GG.

⁷⁷⁴ Vgl. nur Hesse, Grundzüge § 1 (insbes. Rn. 19ff.).

⁷⁷⁵ H. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 401.

⁷⁷⁶ So aber H. Wolff, a.a.O., S. 401.

⁷⁷⁷ Sattler, Rechtliche Bedeutung, S. 32.

⁷⁷⁸ Ebenso H. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 404ff.; kritisch Schlink, Identifikation, Der Staat 15, 335 (361f.). Die ideengeschichtliche Entwicklung des Verfassungsrechts hebt auch Seiler, Auslegung, S. 60ff., hervor.

⁷⁷⁹ Wahl, Vorrang der Verfassung, NVwZ 1984, 401 (402).

⁷⁸⁰ So formuliert auch Hesse, HdbVerfR, § 1 Rn. 9: "Die rechtliche Leitfunktion der Verfassung besteht darin, diese Maßstäbe (das sind Rechtsgrundsätze und Leitbilder - die Verf.) aufzunehmen und sie - vor allem in den Grundrechten - für die Gesamtrechtsordnung verbindlich zu machen."

⁷⁸¹ Von einer entsprechenden Inkorporation überpositiver Prinzipien kann mit Buchwald (Prinzipien, S. 28) und dem BVerfG (E 1, 14 LS 21) ausgegangen werden. Dieser Gedanke ist aber auch für das positive Recht fruchtbar zu machen.

Eine explizite Formulierung dieses Gedankens findet sich in den Artt. 123ff. GG: Das dem Grundgesetz entsprechenden Recht wird in die neue grundgesetzliche Rechtsordnung aufgenommen.

Die Idee der (materiellen) Gerechtigkeit macht die Verfassung zusätzlich flexibel für neue Rechtserkenntnis.⁷⁸²

Nur auf dem Wege der Neuformulierung, Inkorporation und Anerkennung bisheriger Standards des Rechts⁷⁸³ kann eine Verfassung umfassende Wirkung entfalten und den Rahmen für die Rechtsordnung bilden. In einem auf positivem Recht basierenden Rechtsstaat ist die Verfassung die höchste Rechtsquelle, sie bildet nicht nur eine Sammlung von Programmsätzen, sondern enthält auch verbindliches Recht.⁷⁸⁴

Im Rechtsstaat mit der Verfassung als oberster Rechtsquelle sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die von der Rechtsgrundsatztheorie herausgestellt werden⁷⁸⁵, im Verfassungsgesetz enthalten.⁷⁸⁶ Sie sind entweder unmittelbar zum Ausdruck gebracht oder durch die Idee der Gerechtigkeit in die Verfassung aufgenommen worden.⁷⁸⁷ Zum Nachweis sei beispielhaft auf den Grundsatz der Menschenwürde verwiesen, den *H. J. Wolff* als allgemeinen Rechtsgrundsatz ansieht⁷⁸⁸ und der in Art. 1 GG ausdrücklich formuliert ist.

Soweit Art. 20 Abs. 3 GG die Bindung an das Recht statuiert und damit das Prinzip materieller Gerechtigkeit postuliert⁷⁸⁹, gelingt die Einbeziehung der Rechtsgrundsätze in die Verfassung. Gemeint sind diejenigen Rechtsgrundsätze, "die sich im Kampf und in der Erfahrung der Generationen gebildet haben und durch sie betätigt worden sind"⁷⁹⁰. Erfasst sind damit vor allem die Menschen- und Bürgerrechte und Grundsätze wie die der Unabhängigkeit des Richters und des rechtlichen Gehörs.⁷⁹¹ Diese Rechtsgrundsätze sind heute in der Verfassung enthalten. Sie sind als positivierte Grundsätze Verfassungsrecht.⁷⁹² Der Hinweis darauf, dass Rechtsprinzipien der dritte Weg, dem Naturrechts-Positivismus-Dilemma zu entkommen, sei⁷⁹³, ist nach der hier vertretenen Konzeption der vom Grundgesetz eingeschlagene.

Auch und gerade wenn die Rechtsgrundsätze zum positiven Recht gehören⁷⁹⁴, können sie unter Geltung des Grundgesetzes nicht höheren Ranges als die Verfassung sein. Vielmehr sind die Grundsätze in der Verfassung oder dem einfachen Recht aufgegangen und partizipieren so an der jeweiligen Stufe der Rechtsquellenhierarchie.⁷⁹⁵

Da jede Verfassung die Rechtsordnung eines Verfassungsstaates begründet, entscheidet sie auch über die in der von ihr konstituierten Rechtsordnung existierenden Rechtsquellen. Die Berufung auf überpositive Rechtsgrundsätze ist deshalb auch nur in den von der Verfassung zugelassenen Ausnahmefällen möglich.⁷⁹⁶ Sie sind ansonsten der

⁷⁸² Schultze-Fielitz in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 49: "Der Begriff der Gerechtigkeit zielt auf ein offenes Prinzip."

⁷⁸³ Ähnlich Wahl, Vorrang der Verfassung, NVwZ 1984, 401 (409).

⁷⁸⁴ Bülow in: HdbVerfR, § 30 Rn. 11.

⁷⁸⁵ S.o. B VI.

⁷⁸⁶ S.o. C III; Liver, Begriff Rechtsquelle, S. 56.

⁷⁸⁷ S.o. C III.

⁷⁸⁸ S.o. B VI.

⁷⁸⁹ Schultze-Fielitz in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 48f..

⁷⁹⁰ Hesse, in: HdbVerfR, § 1 Rn. 9.

⁷⁹¹ Hesse, a.a.O., Rn. 9.

⁷⁹² Buchwald, Prinzipien, S. 35; Göldner, Verfassungsprinzipien, S. 36, der die Prinzipien als in das System normativer Rechtsquellen aufgenommen ansieht.

⁷⁹³ Kaufmann, Problemgeschichte, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung, S. 131 m. w. N..

⁷⁹⁴ So auch Göldner, Verfassungsprinzip, S. 30.

⁷⁹⁵ Luhmann geht davon aus, dass die Rechtsgrundsätze die "Eigenwerte" des Rechtssystems sind (Recht der Gesellschaft, S. 531).

⁷⁹⁶ S.o. C III.

Rechtsordnung unbekannte Rechtsquellen.⁷⁹⁷

Für die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die in der deutschen Rechtstheorie seit langem bekannt sind⁷⁹⁸, muss der herrschende Rechtspositivismus davon ausgehen, dass sie mit dem durch den Positivierungsvorgang überhaupt erst entstehenden Recht einhergehen, gemeinsam mit ihm zu Recht werden.⁷⁹⁹

Das Grundgesetz hat die bekannten Rechtsgrundsätze inkorporiert, soweit damit die Forderung nach einer gerechten Rechtsordnung erfüllt werden konnte. So wurden die Rechtsgrundsätze zu handhabbaren Normen der positiven Rechtsordnung.⁸⁰⁰

Die in der Verfassung enthaltenen Rechtsgrundsätze zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwar benannt werden, ihr genauer Inhalt dabei aber nicht beschrieben wird. Die Arbeit mit den Verfassungsprinzipien gleicht daher der Arbeit mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen oder ungeschriebenem Recht auf einfachgesetzlicher Ebene.

Zu den Rechtsgrundsätzen finden sich auch Aussagen wie die, dass sie "die in den menschlichen Gemeinschaften allgemein geltenden, rechtlich verbindlichen Grundsätze"⁸⁰¹ seien. Ihr Charakter wird dahingehend beschrieben, "dass sie das Recht in allen seinen Aspekten durchdringen" - ihre Verbindlichkeit ergäbe sich aus dem selben Grund, aus dem auch das Recht gilt.⁸⁰² Das bedeutet, dass es Rechtsgrundsätze nicht nur auf der Ebene des Verfassungsrechts gibt. Sie lassen sich in jedem einzelnen Rechtsgebiet finden.

Besonderes Merkmal der Rechtsgrundsätze ist, dass sie im allgemeinen nicht direkt erkennbar sind. Sie finden sich nicht unmittelbar in einem Rechtstext, sondern ergeben sich durch systematische Auslegung der gesamten Rechtsordnung oder ihrer Teile.⁸⁰³ Damit machen sie die "Tiefenstrukturen" des Rechts deutlich, sind Teil des positiven Rechts und damit verbindlich.⁸⁰⁴

Wenn die Rechtsprinzipien aber nur deshalb erkennbar und existent sind, weil sie sich aus der Rechtsordnung ergeben, so sind nicht die Rechtsgrundsätze Voraussetzung der Rechtsordnung, sondern sie ergeben sich erst aus ihr, sind ihre notwendige Begleiterscheinung.⁸⁰⁵

So betont das Bundesverfassungsgericht, dass das Recht "nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch" ist, sondern "gegenüber der positiven Satzung der Staatsgewalt ... ein Mehr an Recht bestehen (kann), das seine Quelle in der Rechtsordnung als einem Sinngehalt findet"⁸⁰⁶. Deshalb muss nach Ansicht des Gerichts die Rechtsprechung die "Wertvorstellungen, die der Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind"⁸⁰⁷, erkennen und anwenden. Es kann ungeschriebene Rechtsprinzipien geben, die auf der Interpretation des Rechts als Sinngehalt beruhen.⁸⁰⁸ Die Rückschlüsse, die aus den gesetzlichen Regelungen gezogen werden können, die notwendig mitgedacht werden

⁷⁹⁷ Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 454; s.o. C II.

⁷⁹⁸ S.o. B VI.

⁷⁹⁹ Ähnlich Larenz, Wegweiser, in: FS Nikisch, S. 275 (301); s.o. B VI.

⁸⁰⁰ Göldner, a.a.O., S. 33, spricht in diesem Zusammenhang allerdings davon, dass die Prinzipien positives und überpositives Recht zugleich seien und einen doppelten Geltungsgrund hätten.

⁸⁰¹ Mosler, Allgemeine Rechtsgrundsätze, in: Staatslexikon I, Sp. 99.

⁸⁰² Liver, Begriff Rechtsquelle, S. 56; Mosler, a.a.O., Sp. 100.

⁸⁰³ Koch, Methodenlehre, ARSP-Beiheft Nr. 37; S. 152 (156); Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 251; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 453.

⁸⁰⁴ Röhl, a.a.O., S. 252f.; J. Vogel, Methodik, S. 77.

⁸⁰⁵ So auch Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 452; ähnlich Esser, Grundsatz und Norm, S. 2; Neuner, Rechtsfindung contra legem, S. 111.

⁸⁰⁶ BVerfGE 34, 269 (287).

⁸⁰⁷ BVerfG a.a.O., S. 287.

⁸⁰⁸ Vgl. J. Vogel, Methodik, S. 77f..

müssen⁸⁰⁹, damit eine funktionierende Rechtsordnung vorliegt, gehören bei diesem Ansatz selbstverständlich zum positiven Recht.

Wenn sich die Rechtsgrundsätze oder -prinzipien aber nur daraus ergeben, dass die geschriebene Rechtsordnung unvollständig und deshalb als Sinnganzes auszulegen ist, so können sie in ihrer Verbindlichkeit jedenfalls keiner höheren Rechtsquelle als den geschriebenen Rechtsquellen, deren Sinnganzen sie entnommen werden, angehören.⁸¹⁰ Die Rechtsgrundsätze können deshalb keinen höheren Rang als die Verfassung haben.

Derjenige, der das Recht entstehen lässt, kann nicht nur über den Inhalt sondern auch über den Aufbau der Rechtsordnung entscheiden. In Deutschland ging die Entwicklung dahin, dass die Regelungen der Verfassung Rechtsprinzipien enthalten wie beispielsweise das Menschenwürdegebot, das Gleichheitsgebot, das Rechtsstaats-, das Sozialstaats- und das Republikprinzip.

Darüber hinaus ist auf unterverfassungsrechtlicher Ebene im Wege der gesetzlichen Regelung die Statuierung weiterer Prinzipien in einzelnen Teilgebieten des deutschen Rechts erfolgt. Hierher gehören beispielsweise das Prinzip der Vertragsfreiheit im Zivilrecht und das Schuldprinzip im Strafrecht.⁸¹¹

Möglicherweise lassen sich diese Unterprinzipien, die auf einigen Rechtsgebieten des deutschen Rechts gelten, sogar als Ableitungen aus Prinzipien auf Verfassungsebene erklären. Sie können aber auch völlig selbständige Prinzipien sein.

Die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen, der gesamte Sinnzusammenhang der Verfassung und die in der Verfassung positivierten Rechtsprinzipien sind bedeutende Strukturelemente der von einer nicht auf umfassende Regelungen angelegten Verfassung konstituierten Rechtsordnung, die diese lebendig machen.⁸¹² Die Lebendigmachung geschieht insbesondere durch die Judikative, wenn die Legislative untätig bleibt, wo konkrete Regelungen erforderlich wären. In diesem Fall werden die Grundentscheidungen, der Sinnzusammenhang und die positivierten Rechtsprinzipien als "Rechtsquellen aktualisiert"⁸¹³. Die Lückenhaftigkeit der gesamten Rechtsordnung ist u.a. aufgrund dieses Funktionszusammenhangs ein zweifelhaftes Postulat.⁸¹⁴ Insbesondere auf Verfassungsebene existieren Rechtsercheinungen, die die vermeintlichen Lücken weitreichend schließen, auch wenn es dafür zunächst weiterer Konkretisierungsprozesse bedarf.

Verfassungsgestaltende Grundentscheidungen, positivierte Rechtsprinzipien⁸¹⁵ und der Sinnzusammenhang der Verfassung oder der gesamten Rechtsordnung sind grundlegende Erscheinungen, die der rechtsschöpferischen Konkretisierung bedürfen, da zwar ihre Existenz gesichert ist⁸¹⁶ - sie sind nicht von einer praktischen Verwirklichung abhängig⁸¹⁷ -, ihr genauer Inhalt und damit einzelne aus ihnen abzuleitende Rechtssätze mit Tatbestand und Rechtsfolge aber konkretisiert werden müssen.⁸¹⁸ Dieser Ausgangspunkt

⁸⁰⁹ Esser, Grundsatz und Norm, S. 42; ähnlich Göldner, Verfassungsprinzip, S. 29.

⁸¹⁰ So auch J. Vogel, Methodik, S. 77.

⁸¹¹ Larenz, a.a.O., S. 300; Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 252f.; J. Vogel, Methodik, S. 77f..

⁸¹² Vgl. nur Hesse, Grundzüge, § 1.

⁸¹³ Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 50.

⁸¹⁴ Ebenso Schreiber, Rechtsnormen, S. 192.

⁸¹⁵ Hierzu ausführlich Reimer, Verfassungsprinzipien.

⁸¹⁶ Ihre Normativkraft ist von einem gesetzgeberischen Zwischenakt unabhängig; Göldner, Verfassungsprinzip, S. 32.

⁸¹⁷ Für die positivierten Rechtsgrundsätze, Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 48.

⁸¹⁸ H. Huber, Probleme, S. 341; Liver, Begriff Rechtsquelle, S. 56f.; Reimer, Verfassungsprinzipien, S. 173. Dieser Konkretisierungsansatz gilt ebenso auf der Ebene der einfachen materiellen Gesetze: Besonders deutlich wird dies bei den Generalklauseln und anderen Normen, die die Konkretisierungsbedürftigkeit "auf der Stirn tragen". Ohne eine Ausarbeitung des Norminhalts im Detail ist die Anwendung der Generalklausel nicht möglich. Die Präzisierungsaufgabe besteht aber als solche bei jeder beliebigen Rechtsnorm, da die in der Norm verwendeten Begriffe stets mehrdeutig sein können. Das Konkretisierungsbedürfnis zieht sich

ist weitgehend unbestritten.⁸¹⁹

Gemeinsam ist Gesetzgeber und Richter, dass sie sich innerhalb der vorgegebenen Rechtsordnung bewegen, die aus verschiedenen Rechtsarten besteht und von jeweils einheitlichen Strukturen durchzogen ist. Diese Strukturen der Rechtsordnung sind das Ergebnis eines fortlaufenden Erkenntnisprozesses im Zuge der gesellschaftlichen Entwicklung. So bildet das Postulat der Privatautonomie die wesentliche Basis des deutschen Zivilrechts. An ihm orientiert sich jede Rechtsschöpfung auf diesem Gebiet. Sowohl der Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung berücksichtigen den Grundsatz. Er wird im geschriebenen Recht nicht ausdrücklich formuliert, dennoch bestehen an seiner Existenz aufgrund der Entwicklung des deutschen Privatrechts keine Zweifel.⁸²⁰ Tritt eine Rechtsfrage auf, für die die geschriebenen Normen des Zivilrechts keine Aussage enthalten, so muss diese Antwort u.a. unter Beachtung der Privatautonomie gefunden werden. Die Neuschöpfung einer zivilrechtlichen Regelung fügt sich so nahtlos in die bestehende Rechtsordnung ein.

Die Konkretisierung eines Prinzips kann nur dann ihre Wirkung erreichen, den vorgegebenen Ansatz auszufüllen, wenn sie mit Verbindlichkeit in Gestalt einer neuen Rechtsregel erfolgt.⁸²¹ Für Konkretisierungen durch den Gesetzgeber ist das unbestritten. Hier wird aber häufig vergessen, den Konkretisierungszusammenhang zu bedenken: schon die Form als formelles Gesetz beseitigt alle Zweifel am Rechtsnormcharakter. Erst wenn in einzelnen Fällen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes auftreten, tritt der Zusammenhang deutlich hervor.

Anders sieht es dagegen aus, wenn die Konkretisierung durch die Rechtsprechung erfolgt. Hier wird zwar die Klarstellungsfunktion der Rechtsprechung anerkannt,⁸²² gleichzeitig wird aber abgelehnt, auch in derartigen Konkretisierungen eine Rechtsnorm zu sehen. Dieser Ansatz ist inkonsequent: Wenn die Grundentscheidungen der Verfassung bei Untätigkeit der Legislative als Rechtsquellen aktiviert werden⁸²³, so muss der aus ihnen abgeleitete Rechtssatz verbindlich sein. Der Rückgriff auf die vom Grundgesetz konstituierte und geprägte Rechtsordnung ist eine Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben. Verfassungsprinzipien sind eben wie andere unbestimmte Rechtsbegriffe erst durch Konkretisierung handhabbar.

So wie das Gesetz Rechtsquelle ist, das verfassungsrechtliche Vorgaben konkretisiert, so ist auch das Richterrecht Rechtsquelle. Die Konkretisierung in einer anderen Rechtsquelle angelegten Rechts reicht bereits aus, um Rechtsquelle zu sein.⁸²⁴

Jedenfalls soweit die Ableitung ein Rechtssatz aus Tatbestand und Rechtsfolge ist, also den typischen Normaufbau hat, ist sie Norm.⁸²⁵ Ihre Verbindlichkeit ist gegeben, wenn der Normschöpfer die Befugnis zur Normsetzung hatte.

Die Normsetzungskompetenz folgt dabei der Konkretisierungskompetenz, denn nur so können die tragenden Verfassungsprinzipien und Grundentscheidungen ihre volle Wirkung

durch alle Ebenen der Rechtsordnung und betrifft alle Arten von Normen.

⁸¹⁹ Kunig weist darauf hin, dass der fragmentarische Charakter typisch für das Verfassungsgesetz ist (Rechtstaatsprinzip, S. 96). R. Dreier hebt hervor, dass "die Verfassung auf der Prinzipienebene mehr verspricht, als sie auf der Regelebene einlösen kann. (...) Die Prinzipienebene formuliert ein rechtlich verpflichtendes Ideal; die Regelebene repräsentiert den jeweiligen Stand des Versuchs, jenes Ideal nach Maßgabe der gegebenen Umstände soweit als möglich einzulösen." (Rechtsstaat, JZ 1985, 353 [356]).

⁸²⁰ Medicus, Allg. Teil BGB, Rn. 174ff. u. 472ff.; Röhl, Allg. Rechtslehre, S. 253.

⁸²¹ So auch Kunig, Rechtstaatsprinzip, S. 93. Ebenso R. Dreier, Rechtsstaat, JZ 1985, 353 (356), der davon ausgeht, dass Prinzipien ein rechtlich verpflichtendes Ideal postulieren. Dann muss auch die Realisierung des Ideals rechtlich binden.

⁸²² Göldner, Verfassungsprinzip, S. 33, weist zu recht darauf hin, dass der Verfassungsgeber mit der Positivierung der Prinzipien die möglichen rechtstheoretischen Bedenken gegen eine richterliche Prinzipienverwertung grundsätzlich überwunden sehen will.

⁸²³ Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht, S. 50.

⁸²⁴ Ähnlich Göldner, a.a.O., S. 40, der davon ausgeht, dass die Prinzipien methodengerecht ausgeschöpft werden müssen, um funktional zu gelten. S.o. C IV u. V.

⁸²⁵ Nach hier vertretener Ansicht ist auch die Auslegung solch eine verbindliche Norm, s.o. C I.

entfalten.⁸²⁶ Primär liegt die Kompetenz beim Gesetzgeber, in Fällen von dessen Untätigkeit oder Unzulänglichkeit gerade bei der Judikative. Darüber hinaus eröffnet Art. 100 GG der Rechtsprechung die explizite Kompetenz, die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu überprüfen.⁸²⁷ Die Judikative ist subsidiär gegenüber dem Gesetzgeber zur Normsetzung befugt.⁸²⁸ Ihr stehen Konkretisierungs- und Normsetzungskompetenz zu.

Aus den ungeschriebenen, der Verfassung immanenten Strukturen, aus ihren Grundprinzipien und den positivierten Rechtsgrundsätzen werden im Wege der Konkretisierung neue Rechtsnormen gewonnen.⁸²⁹ Die Quelle dieser Normen ist die Verfassung. Gleichzeitig sind aber auch die neugewonnenen Normen Rechtsquellen für die Einzelfallentscheidung.⁸³⁰ Dies liegt in der Typik der Norm, die ihre Anwendung im Einzelfall verlangt. Die Prinzipien des Grundgesetzes sind als "unmittelbare, universale und vorrangige Rechtselemente" in die Zuständigkeit auch der rechtsprechenden Gewalt gestellt.⁸³¹ Rechtsgrundsätze sind in diesem Verständnis aus der einfachgesetzlichen Rechtsordnung abzulesende grundlegende Normen. Prinzipien sind demgegenüber rechtsfolgenoffene Verfassungsbestimmungen.

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts könnten als ungeschriebenes Verfassungsrecht anzusehen sein. Da sie jedoch konkrete Aussagen enthalten, die nicht direkt aus der Verfassung entnommen werden können, deutet vieles darauf hin, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts Konkretisierungen grundgesetzlicher Bestimmungen sind. Damit wären sie auf die Verfassung zurückgeführt, ihre originäre Rechtsquelle ist aber eine von der staatlichen Gewalt geschaffene Regelung, die unterhalb der Verfassung zu verankern ist.

3. Konkretisierung von Verfassungsrecht

Insbesondere für die Konkretisierungsfälle gilt, dass aus der übergeordneten Rechtsquelle Verfassung weitere Rechtsquellen hervorgehen, die die Aussagen der Verfassung zu handhabbaren Rechtsnormen konkretisieren.⁸³² Die Rechtsprechung beachtet die vorhandenen rechstaatlichen Prinzipien, wenn sie durch ihre Entscheidungen allgemeine Normen setzt oder auslegt.⁸³³

Sind die Regelungen der Verfassung die oberste Rechtsquelle, ist die Argumentation ähnlich wie bei der Rechtsgrundsatztheorie: Rechtsquelle ist die Verfassung und nicht Gesetz oder Gewohnheit. Dies bedeutet, dass diese nur dort originäre Rechtsquelle sind, wo keine Ableitung aus der Verfassung möglich ist, also gerade in den nicht grundlegenden Fragen, die die Rechtsordnung eben nicht in ihrer Grundstruktur ausmachen. Gesetz und Gewohnheit sind klarstellende Quellen, weil sie die in der Verfassung angelegten Grundzüge konkretisieren und dem geltenden Recht damit klare Gestalt geben. Das muss auch für entsprechende Konkretisierungen durch die Rechtsprechung oder die Verwaltung gelten, denn das geltende Recht ist in der Verfassung schon angelegt, wird also durch seine

⁸²⁶ Im Ansatz ähnlich Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 97.

⁸²⁷ Und § 47 VwGO.

⁸²⁸ S.o. C III.

⁸²⁹ Ähnlich Esser, Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (112).

⁸³⁰ Dieses System gilt ebenso für die Konkretisierung auf anderen Ebenen der Rechtsordnung. Hier tritt nur die Besonderheit auf, dass die Konkretisierung keine vollständige Rechtsnorm ergibt. Dies ist nur bei der Lückenfüllung innerhalb der einfachgesetzlichen Rechtsordnung der Fall. Dennoch ist auch die Konkretisierung, die in der Klarstellung eines Begriffsinhaltes besteht, verbindlich. Denn nur eine verbindliche Klarstellung kann auch hier die Aufgabe erfüllen, späteren Fällen als Richtmaß zu dienen.

⁸³¹ Esser, Grundsatz und Norm, S. 50, 52 u. 132; Göldner, Verfassungsprinzip, S. 30.

⁸³² So auch H. Huber, Probleme, S. 343f., für das Verfassungsrecht.

⁸³³ Buchwald, Prinzipien, S. 32.

Aufdeckung nicht mehr völlig neu geschaffen. Die Besonderheit besteht darin, dass das in der Verfassung grundsätzlich angelegte Recht noch konkretisiert werden muss. Die Konkretisierung ist Rechtsgestaltung. Die Richter haben nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts diese Gestaltungsbefugnis, weil sie an Gesetz und Recht gebunden sind. Unter "Gesetz" in Art. 20 Abs. 3 GG ist nach hier vertretener Ansicht auch all das zu verstehen, was die Rechtsordnung in Grundzügen bereits enthält, was aber noch nicht durch eine subsidiäre Rechtsquelle konkretisiert worden ist. Diese Grundzüge können der Verfassung entstammen oder sich "aus dem System" ergeben. Damit "entdecken" die Richter, sofern die "Anlage im System" vorhanden ist, bereits geltendes Recht, das sie zulässigerweise konkretisieren. Recht, dessen Abstammung aus der geltenden Rechtsordnung nachweisbar ist. Nur bei diesem Nachweis ist gewährleistet, dass der einzelne Grundsatz und auch die aus ihm konkretisierte Rechtsregel gilt. Was als konkretisiertes Recht vorliegt, ist Richterrecht. Es gilt, weil es bereits in der Rechtsordnung angelegt war und der Richter es zulässigerweise konkretisierte. Mit der richterlichen Konkretisierungsbefugnis geht eine gewisse Rechtssetzungsbefugnis einher, weil jeder Konkretisierungsvorgang eigene Kreativität erfordert. Die Situation stellt sich hier genauso dar, wie bei der Konkretisierung einfacher Gesetze.⁸³⁴ Da die Verfassung geltendes Recht enthält, das beachtet werden muss, ist auch die Rechtsprechung zur Konkretisierung befugt. Diese Legitimation der Rechtsprechung ist, abgeleitet aus der verfassungsrechtlichen Rechtsordnung, auch in Fällen der "Lückenhaftigkeit" der einfachgesetzlichen Rechtsordnung gegeben.

4. Ergebnis

Strukturen und Grundprinzipien der Rechtsordnung sowie die grundgesetzlichen Regelungen legitimieren Richterrecht auch dort, wo im Gesetzesrecht eine "echte Lücke" vorliegt. So wie der Gesetzgeber die Strukturen und das Grundgesetz beachtet, so handelt auch der Richter, der seine Einzelfallentscheidung aus der Rechtsordnung heraus begründen muss.

Der Rückgriff auf Prinzipien und tieferliegende Strukturen sowie die (auslegungsbedürftigen) Verfassungsbestimmungen insgesamt bedeutet Rückgriff auf vorgegebenes Recht. Der Rückgriff führt aber nicht dazu, dass Richterrecht die Eigenschaft als Rechtsquelle verliert. Die Anknüpfung an vorhandenes Recht, dessen Konkretisierung und Ausgestaltung ist gerade das Spezifikum des Richterrechts und dessen Legitimation.

Von Lücken der Rechtsordnung kann in der heutigen Rechtsordnung nicht mehr gesprochen werden. Zutreffend wäre allein die Rede von Lücken in den gesetzlichen Regelungen.

Das Richterrecht ist eigenständige Rechtsquelle, die in engem Ableitungszusammenhang zum geschriebenen Recht steht und so ihre Rechtfertigung erfährt.

⁸³⁴ S.o. B V.

D. Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts unter dem Grundgesetz

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die über der Verfassung stehen, und des Gewohnheitsrechts (unterschiedslos auf allen Rechtsgebieten) als allgemeinverbindliches Recht unter dem Grundgesetz nicht mehr haltbar ist. Die Anerkennung war Folge des Vorbehaltes gegen die Einordnung des Richterrechts in den Rechtsquellenkanon des Art. 20 Abs. 3 GG.

Die zur Ableitung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts gegebenen Erklärungen konnten nicht befriedigen. Sie lassen einen wesentlichen Aspekt vermissen, der das gesamte Rechtsquellenverständnis berührt und bisher nur angedeutet, aber noch nicht dargestellt wurde.

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts werden nach *Ossenbühl* zum großen Teil als "Konkretisierungen aus fundamentalen Verfassungsprinzipien"¹ angesehen. Diese Herleitung der Verwaltungsrechtsgrundsätze sei "erst nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes in Mode gekommen und durch die Vorstellung vom 'Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht' beflügelt worden"².

Ausgehend von existierenden Regeln erfolgten Verallgemeinerungen, deren Berechtigung an Verfassungsregelungen zu überprüfen ist. Die Gerechtigkeitsvorgaben der Verfassung bilden den Anknüpfungspunkt für die Übertragung von Rechtsgrundsätzen aus einer Rechtsmaterie in eine andere. Deshalb sind die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts Konkretisierungen des Verfassungsrechts.

Die Ableitung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts aus dem Grundgesetz könnte aber nicht nur eine "Modeerscheinung", sondern die einzig zutreffende Methode sein. Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts können nur aus dem Grundgesetz oder aus gesetzlichen Verwaltungsrechtssystemen abgeleitet werden, weil sie die Rechte und Pflichten der Verwaltung regeln, d.h. auf entsprechend demokratisch legitimierter Grundlage stehen müssen. Einfaches Recht kann Erkenntnisquelle für den Inhalt der Verfassungsprinzipien sein.³ Es bleibt jedoch dabei, dass der Nachweis für dieses Interpretationsverhältnis erbracht werden muss. So wird die Aufopferung in § 40 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. VwGO explizit erwähnt.

I. Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip

Da die Verfassung die höchste Rechtsquelle ist, kann es neben ihr keine allgemeinen oder besonderen Rechtsgrundsätze im Sinne der Rechtsgrundsatztheorie geben. Rechtsgrundsätze können allenfalls in oder unterhalb der Verfassung zu finden sein.⁴ Wichtigster Integrationspunkt der Rechtsgrundsätze auf Verfassungsebene ist das Rechtsstaatsprinzip. Dieses Prinzip ist eine fundamentale Verfassungsnorm.⁵ Dennoch lässt sich sein Inhalt nicht zwanglos aus der Verfassung ableiten. Dies ist allerdings das allgemeine Kennzeichen von Prinzipien, die zunächst nur Gründe für Regeln sind.⁶ Das Rechtsstaatsprinzip ist der Grund für einfachgesetzliche Regelungen durch den Gesetzgeber

¹ In: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 6 Rn. 93.

² Ossenbühl, a.a.O., Rn. 93; Seiler, Auslegung, S. 51f. Auch Bachof, Verwaltungsrecht, DÖV 1958, 27 (28), geht davon aus, dass viele der "ungeschriebenen Grundsätze" nur Fortentwicklungen und Ausformungen geschriebener Rechtssätze sind.

³ Reimer, Verfassungsprinzipien, S. 309.

⁴ S.o. B VI.

⁵ H. M.; vgl. nur Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 526; grundsätzlich gegen Rechtsstaatsprinzip Bäumlin/Ridder, in: AK-GG I, Art. 20 Abs. I - III Rn. 35ff.

⁶ Alexy, Regeln und Prinzipien, ARSP-Beiheft Nr. 25, 13 (21).

oder für Richterrecht.

1. Inhalt des Rechtsstaatsprinzips

In ihrer grundlegenden Monographie zum Rechtsstaatsprinzip hat *Sobota* den Inhalt des Prinzips eingehend untersucht und festgestellt, dass elementare Aussagen, die die Rechtsstaatlichkeit ausmachen, nicht ausdrücklich grundgesetzlich positiviert sind.⁷ Deshalb bildet das Rechtsstaatsprinzip den übergeordneten Bezugspunkt, der den Aussagen Verfassungsrechtsqualität verleiht.⁸ Das Rechtsstaatsprinzip enthält nach *Sobotas* Feststellung zumindest 17 Elemente⁹, die es bestimmen und die der Ewigkeitgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG unterfallen.¹⁰ Zu den wesentlichen Elementen des Hauptprinzips¹¹ gehören u.a. die Verfassungs- und die Rechtsbindung, die Differenzierung der Staatsgewalten, die Gesetzesbindung und das Willkürverbot, sowie die Verhältnismäßigkeit und die Verhältnismäßigkeit.¹² Diese Elemente haben Verfassungsrang.

Zusammenfassend lässt sich das Rechtsstaatsprinzip im hier interessierenden Zusammenhang folgendermaßen charakterisieren: Das Prinzip ist einmal unbestimmt wie eine Generalklausel, weil sein Inhalt, seine Elemente, nicht sofort erkennbar sind.¹³ Es ist aber mehr als eine Generalklausel, weil es ein "Sammelbecken" verschiedener Unterprinzipien ist.

2. Wirkung des Rechtsstaatsprinzips

Die grundlegenden 17 Elemente des Rechtsstaatsprinzips sind "ihrerseits Oberbegriffe für Normen, die für die grundgesetzliche Rechtsstaatlichkeit zwar nicht wesentlich aber kennzeichnend sind"¹⁴. Diese Normen (kennzeichnende Merkmale) "erscheinen als eine unterbegriffliche Ausformung der Rechtsstaatselemente. Bei der Auslegung des Hauptprinzips und seiner wesentlichen Bestandteile wirken sie richtungsweisend. Änderungsbeständig sind sie aber nur insoweit, als sie in einem Rechtsstaatselement begrifflich enthalten sind."¹⁵

Zu den kennzeichnenden Merkmalen des Rechtsstaatsprinzips gehören beispielsweise als Ausformung der konstitutiven Differenzierung der staatlichen Gewalt das Gewaltenteilungsgebot und als Ausformung der Verhältnismäßigkeit die Sonderlastenkompensation.¹⁶

Das "Rechtsstaatsprinzip" ist als eine Elementekette zu beschreiben: Das Hauptprinzip besteht aus verschiedenen Elementen. Hauptprinzip und Elemente werden durch

⁷ A.a.O., S. 527.

⁸ Sobota, a.a.O., S. 527.

⁹ Zusammenstellung a.a.O., S. 517ff.. Der Befund, dass das Rechtsstaatsprinzip aus verschiedenen Elementen besteht, ist Allgemeingut. Umstritten ist allerdings, welches seine Kernelemente sind; vgl. nur Schultze-Fielitz in: H. Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 61ff..

¹⁰ Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 531.

¹¹ Reimer, Verfassungsprinzipien, S. 184ff., spricht von Haupt- und Subprinzipien.

¹² Sobota, Prinzip Rechtsstaat (siehe nur Zusammenfassung S. 517f.).

¹³ Vgl. auch Reimer, Verfassungsprinzipien, S. 182 u. 249ff..

¹⁴ Sobota, Prinzip Rechtsstaat, S. 531.

¹⁵ Sobota, a.a.O., S. 472.

¹⁶ Zusammenstellung, a.a.O., S. 520. Dort taucht die Sonderlasten-Kompensation nicht auf. Sie wurde aber wohl nur vergessen, denn in der ausführlichen Darstellung auf S. 514 (Nr. 133) erfolgt die Zuordnung zur Verhältnismäßigkeit.

unterbegriffliche Ausformungen handhabbar gemacht; diese kennzeichnenden Merkmale dienen der Auslegung des höheren Prinzips und seiner Elemente.¹⁷

Aufgrund dieser Struktur des Rechtsstaatsprinzips ergibt sich folgende Herleitung: Das Rechtsstaatsprinzip und seine Elemente gehören der (obersten) Rechtsquelle Verfassung an und unterfallen vollständig der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG. Die das Rechtsstaatsprinzip und seine Elemente kennzeichnenden Merkmale nehmen ebenfalls an der verfassungsrechtlichen Positivierung teil. Sie gehören auch zur Rechtsquelle Verfassung, sind aber konkretisierungsbedürftig. Eine Ausformung in Tatbestand und Rechtsfolge erfolgt nicht durch die Verfassung (die Grundsätze und die Grundstrukturen der Rechtsordnung), sondern durch den Gesetzgeber oder Exekutive und Judikative. Nur durch die Ausformung liegen tatsächlich anwendbare Regelungen vor.

Damit haben die "kennzeichnenden" Merkmale des Rechtsstaatsprinzips den Status einer höchsten Rechtsquelle. Sie sind geltendes Verfassungsrecht und binden alle Staatsgewalt.

Der Gesetzgeber kann sie zusätzlich einfachgesetzlich ausgestalten, nicht aber aufheben. Der Richter muss mit ihnen arbeiten und sie auslegen.

Das Rechtsstaatsprinzip enthält somit ein Ableitungsgebot für Regeln, d.h. es eröffnet die Kompetenz zur Rechtsschöpfung im Wege der Konkretisierung und Handhabbarmachung des Rechtsstaatsprinzips. Da alle Staatsgewalten an die Verfassung gebunden sind, wird die Kompetenz auch für die Rechtsprechung eröffnet (Auslegungsgebot).

Da die Elemente des Rechtsstaatsprinzips bereits Recht sind, schaffen weder Gesetzgeber noch Richter bei der Konkretisierung völlig neues Recht. Insbesondere die richterliche Auslegung ist Konkretisierung (wie bei einer Generalklausel) und keine losgelöste Rechtsschöpfung.

Übertragen auf den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung muss festgehalten werden, dass die Aussage, Verwaltungsrecht sei konkretisiertes Verfassungsrecht, generell zutrifft.¹⁸

Das Öffentliche Recht, dessen Teil das Verwaltungsrecht ist, ist das Rechtsgebiet, auf das die verfassungsrechtlichen Regelungen zur Mäßigung der staatlichen Gewalt unmittelbar einwirken.

Auch die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sind auf diesem Wege erklärbar. Konkretisierungen aus der Verfassung sind keine völligen Neuschöpfungen, sondern "Handhabbarmachungen". Aus der Rechtsquelle Verfassung, aus dem Rechtsstaatsprinzip mit seinen Elementen und kennzeichnenden Merkmalen, sind im Wege der Verfassungsinterpretation konkrete Ausgestaltungen erzeugbar. Diese Ausgestaltungen sind Normen mit Tatbestand und Rechtsfolge.

Im Grundgesetz sind, positiviert unter anderem durch das Rechtsstaatsprinzip, Regelungen mit Bedeutung für das Verwaltungsrecht angelegt. Sie erhalten im Wege der Verfassungsinterpretation mittels einfachgesetzlicher Ausgestaltung durch den Gesetzgeber oder richterliche Auslegung¹⁹ so konkreten Inhalt (Tatbestand und Rechtsfolge), dass sie die juristische Streitentscheidung ohne Rückgriff auf das Grundgesetz ermöglichen. Sie binden in ihrer Ausgestaltung als Gesetz und gehen insoweit als konkrete Regelungen der Verfassung vor. Sie binden in der Ausgestaltung, die sie auch durch den Richter mittels Auslegung erfahren und gehen in dieser konkreten Gestalt der verfassungsrechtlichen Regelung vor.

Die Regelungen sind im Grundgesetz bereits angelegt. Wer sie konkret ausgestaltet, kann für die Wirkung der Ausgestaltung deshalb nicht relevant sein. Die Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Vorgaben in Regelungen mit Tatbestand und Rechtsfolge sind unterverfassungsrechtliche Regelungen. Sie dienen der Beantwortung von Streitfragen, die sich ausgehend von einfachgesetzlichen Normen ergeben. Die Vorgaben der Verfassung wirken so in das einfache Recht hinein. Es ist deutlich zwischen der Interpretation des Verfassungsrechts (z. B. Auffinden der Elemente des Rechtsstaatsprinzips) und der vom Verfassungsrecht beeinflussten Ausgestaltung des einfachen Rechts zu unterscheiden.

¹⁷ Dabei kann im hier interessierenden Zusammenhang offen bleiben, ob die Unterprinzipien kraft Inkorporation oder kraft Interpretation gelten; siehe dazu Reimer, Verfassungsprinzipien, S. 198ff., 205.

¹⁸ Zur Auseinandersetzung um den Begriff vgl. Külz, Gesetz, DÖV 1961, 103.

¹⁹ Reimer, Verfassungsprinzipien, S. 461f. u. 466ff..

Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht bedeutet, dass verwaltungsrechtliche Regelungen ausgehend von verfassungsrechtlichen Vorgaben geschaffen werden.

3. Ergebnis

Für die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts wie für andere aus Verfassungsrecht abzuleitende Regelungen gilt, dass sie zunächst in der Gestalt gelten und angewendet werden, die sie durch den ausgestaltenden Rechtssetzer, der die Verfassungsbestimmung konkretisiert, erhalten haben. Die Konkretisierung ist selbständiges Recht, das Anwendungsvorrang vor der konkretisierten Verfassungsregelung hat.²⁰ Die Konkretisierung kann durch den Gesetzgeber oder den Richter erfolgen.²¹

²⁰ Reimer, a.a.O., S. 309.

²¹ So für die Rechtsgrundsätze auch Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 453.

II. Aufopferung, Verhältnismäßigkeit und das Rechtsstaatsprinzip

Ausgehend von der Feststellung, dass die beiden untersuchten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts im Rechtsstaatsprinzip angelegt sein könnten, soll diese Hypothese nun überprüft werden.

1. Aufopferung

Betrachtet man noch einmal die Herleitung des Anspruchs auf Aufopferungsentschädigung, so bietet sich folgendes Bild:

Das Bundesverfassungsgericht geht von einem existierenden gewohnheitsrechtlichen Anspruch aus. Ausgehend von zwei gesetzlichen Regelungen und der geschichtlichen Entwicklung, in der der Regelungsgedanke wiederholt auftaucht, wird das Gewohnheitsrecht behauptet.²²

Die vom Gericht angeführte Nachweisbarkeit des Aufopferungsgedankens könnte ein Indiz dafür sein, dass der Gedanke ein Grundprinzip des deutschen Rechts ist. Seine Ausgestaltung in verschiedenen Regelungen könnte aber unterschiedlich sein. Je nach Ausgestaltung lag dann aber auch eine andere Rechtsquelle vor.

Die Argumentation des Bundesgerichtshofs, die auf das Reichsgericht zurück geht, behauptet einfach das Bestehen eines Gewohnheitsrechts.²³ Im Übrigen spricht der Bundesgerichtshof sogar ausdrücklich davon, dass das Reichsgericht den in § 75 EinlALR zum Ausdruck gekommenen Gedanken in ständiger Rechtsprechung eingeschränkt habe.²⁴ Damit bringt der Gerichtshof zweierlei zum Ausdruck: Zum einen scheint in § 75 EinlALR nur ein Gedanke auf, es handelt sich nicht um eine umfassende und abschließende Regelung. Zum anderen gesteht er zu, dass dieser Gedanke durch das Reichsgericht wirksam umgeformt worden ist. Damit hätte das Gericht Gewohnheitsrecht verändert.

Die Behauptung, das wiederholte Auftauchen des Aufopferungsgedankens habe eine Gewohnheit begründet, ist zu kurz gegriffen und es fehlen Überlegungen zu den Umständen. Der Bundesgerichtshof enthub sich so weiterer Begründungsarbeit und zog sich auf eine vermeintlich sichere Rechtsquelle zurück.

Das Aufscheinen des Rechtsgedankens in verschiedenen Regelungen deutet eher darauf hin, dass er in der Rechtsordnung angelegt war. Seine Formulierung in Tatbestand und Rechtsfolge bedeutet eine Konkretisierung, die ihn erst deutlich sichtbar gemacht hat. Diese Konkretisierung war teilweise im Gesetz enthalten (EinlALR), teilweise Richterrecht. Die Argumentation des Bundesgerichtshofs bei der Aufopferungsentschädigung mag u.a. darauf zurückzuführen sein, dass das Gericht sich nicht völlig darüber im klaren war, dass es über Regelungen im Bereich des Öffentlichen Rechts zu entscheiden hatte.

Wenn das wiederholte Aufscheinen des Aufopferungsgedankens durch die (recht kurze) Geschichte des deutschen Verwaltungsrechts konstatiert werden kann, so spricht dies dafür, dass der Gedanke auch in das Grundgesetz aufgenommen und so in die Rechtsordnung inkorporiert wurde:

Zu den Elementen des Rechtsstaatsprinzips zählt die Verhältnismäßigkeit.²⁵ Sie enthält als ein kennzeichnendes Merkmal die Forderung nach Sonderopferrestitution, der die

²² S.o. B III 1.

²³ S.o. B III 1; ebenso Esser, Richterrecht, in: FS v. Hippel, S. 95 (108).

²⁴ S.o. B III 1.

²⁵ Sobota, Prinzip Rechtsstaat, zusammenfassend S. 516.

Aufopferung zugehört.²⁶ Insoweit hat der Bundesgerichtshof zurecht den Schluss gezogen, dass die Verfassung die wichtigsten Lebensgüter des Bürgers garantiert und er deshalb für Aufopferungen schadlos gehalten werden müsse. Die Aufopferung ist als Grundsatz auf der Ebene der Verfassung verankert. Sie ist im Rechtsstaatsprinzip mitgeschriebenes Verfassungsrecht. Ihre normative Form hat sie jedoch erst durch die richterliche Auslegung erhalten.

Damit ist der Aufopferungstatbestand eine richterrechtliche Norm, die im Wege der Konkretisierung des Aufopferungsgedankens, der Unterprinzip des Rechtsstaatsprinzips ist, verfeinert wurde. Es handelt sich nicht um vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht, das nach Art. 123 GG weitergelten könnte. Zudem ist die Aufopferung in § 40 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. VwGO anerkannt.

2. Verhältnismäßigkeit

Die Unsicherheit im Hinblick auf die Herkunft des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zeigt *Maurers* Aufzählung²⁷: Gewohnheitsrecht, Grundgesetz, Verallgemeinerungsfähigkeit, Rechtsgrundsatz oder positiverte Regelung.

In den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wird zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten argumentiert.²⁸ Die Argumentation über das Wesen der Grundrechte und die Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips²⁹ zeigt, dass das Gericht aus systematischen Gründen keine Zweifel daran hatte, dass das Grundgesetz den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz postuliert. Die Ausformung in der Drei-Stufen-Theorie ist dann jedoch eine Eigenschöpfung des Gerichts und bedeutet Richterrecht.

So knapp die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts begründet ist, geht sie doch in die richtige Richtung:

Das Rechtsstaatsprinzip enthält als wesentliche Elemente die Verfassungs-, Verwaltungs- sowie die Prozessrechtsverhältnismäßigkeit und die Verhältnismäßigkeit der Mittel. Diese vier Verhältnismäßigkeiten sind Elemente, die unveränderlich sind. Dem im ersten Teil der Arbeit beschriebenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterteilt in Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (kennzeichnende Merkmale), entspricht die von *Sobota* so bezeichnete Verhältnismäßigkeit der Mittel. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist also Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips und gilt deshalb bereits auf der Ebene des Verfassungsrechts. Auch er ist mitgeschriebenes Recht, das nicht erst durch die Rechtsprechung konstituiert wird. Die Ausgestaltung im Wege der Drei-Stufen-Theorie ist richterliche Rechtsfortbildung, die normativ wirkt. Hierbei handelt es sich um echte Auslegung von Verfassungsrecht.

Die Besonderheit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es deshalb, dass er kein Grundsatz allein des allgemeinen Verwaltungsrechts ist. Da er aber auch dort wirkt, wird er richtigerweise auch als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts bezeichnet.

²⁶ Sobota, a.a.O., S. 514.

²⁷ S.o. B III 2.

²⁸ S.o. B III 2.

²⁹ So auch Ossenbühl, Maßhalten, in: FS Lerche, S. 151 (154f.).

III. Neubestimmung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sind keine eigene Rechtsquellenart. Sie sind aber auch keine unverbindlichen Rechtserscheinungen. Vielmehr stellen sie zum überwiegenden Teil Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips durch Gesetzgeber oder Rechtsprechung dar. Das allgemeine Verwaltungsrecht ist tatsächlich in großen Bereichen konkretisiertes Verfassungsrecht.

Während einzelne allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts in den Verwaltungsverfahrensgesetzen konkretisiert wurden, handelt es sich beim überwiegenden Teil der ungeschriebenen Grundsätze wohl um Richterrecht. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung muss bezweifelt werden, dass einzelne der Grundsätze Gewohnheitsrecht sind. Dazu fehlte zum einen der Nachweis der Entstehungsvoraussetzungen von Gewohnheitsrecht, zum anderen der Nachweis der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Gewohnheitsrechts im Öffentlichen Recht im Allgemeinen und im Verwaltungsrecht im Besonderen.

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sind als Gesetzes- oder Richterrecht Regelungen von grundsätzlicher Bedeutung für das Verwaltungsrecht. Ausgehend von den beiden hier untersuchten Grundsätzen ist zu vermuten, dass alle allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, sofern sie nicht vom Inkrafttreten des Grundgesetzes nachweislich Gewohnheitsrecht waren - woran erhebliche Zweifel bestehen -, konkretisiertes Verfassungsrecht sind. Der jeweilige Grundsatz hat seinen Ausgangspunkt im Verfassungsrecht und wurde durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung konkretisiert. Rechtsquelle des anwendbaren Grundsatzes ist damit zunächst die Konkretisierung.

E. Thesen

(1) Die Bezeichnung "allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts" ist eine Sammelbezeichnung, die keine Aussage über den Rechtscharakter der einzelnen Grundsätze enthält.

(2) Der Rechtsquellenbegriff muss über den Rechtsbegriff bestimmt werden. Dabei ist von der realen Rechtsordnung auszugehen, deren Rechtsquellen bestimmt werden sollen. Es empfiehlt sich daher nicht, die rechtsphilosophische Frage nach der Rechtsentstehung (Naturrecht oder Rechtspositivismus) und die rechtstatsächliche Frage nach den Rechtsquellen einer konkreten Rechtsordnung jeweils unter dem Begriff "Rechtsquelle" zu beantworten.

Unter dem Grundgesetz sind Rechtspositivismus und Naturrecht in vereinigender Weise berücksichtigt. Die naturrechtlichen Prinzipien wurden positiviert und leiten insbesondere die Auslegung des Verfassungsrechts.

(3) Die deutsche Rechtsordnung ist vom Rechtspositivismus geprägt. Ihre Rechtsquellen sind daher diejenigen Erscheinungsformen, in denen das positive Recht entsteht. Über sie gibt die deutsche Rechtsordnung, insbesondere das Grundgesetz Auskunft. Es entscheidet, welche Rechtsquellen die deutsche Rechtsordnung kennt.

Das Grundgesetz erfasst in Art. 20 Abs. 3 GG alle Rechtsquellen der deutschen Rechtsordnung. Dabei ist die Norm allerdings nur Ausgangspunkt einer Reihe von Anordnungen, die das Grundgesetz enthält und die in ihrem Zusammenspiel die Rechtsquellen in der deutschen Rechtsordnung definieren.

(4) Richterrecht ist unter dem Grundgesetz verbindliches Recht und damit Rechtsquelle. Jede richterliche Rechtsanwendung bildet das angewendete Recht fort. Die Richter haben dieses Recht zur Rechtsfortbildung. Dabei ist der Grad der richterlichen Rechtsfortbildung unerheblich. Das durch die Rechtsfortbildung veränderte Recht steht zwar in engem Bezug zum Ausgangsrecht, hat aber einen anderen Rechtssetzer: die Rechtsprechung.

Das fortgebildete Recht wirkt wie das fortzubildende Recht. Richterrecht ist verbindliches Recht. Seine Verbindlichkeit wird nicht allein vom fortzubildenden Recht vermittelt, sondern ist eine originäre. Sie ergibt sich aus der grundgesetzlichen Anordnung der Gewaltenteilung: Nur wenn die richterliche Rechtsfortbildung, die der Einzelfallentscheidung zugrunde liegt, verbindlich ist, wird die primäre Rechtssetzungsbefugnis der Legislative sichergestellt. Die Bindungswirkung des Richterrechts garantiert eine einheitliche Rechtsanwendung, die erst der vorausgehenden gesetzgeberischen Entscheidung Kontinuität verleiht.

Richterrecht ist "Gesetz" im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG. Der unter dem Grundgesetz bestimmende Gesetzespositivismus wird um einen Entscheidungspositivismus ergänzt. Die deutsche Rechtsordnung ist deshalb nicht lückenhaft. Ausgehend von den grundgesetzlichen Regelungen wird sie permanent von allen drei Staatsgewalten ausgestaltet. Dabei besteht zwischen der grundgesetzlichen und der gesetzgeberischen Regelung sowie der Ausgestaltung dieser Regelungen durch Rechtsprechung und Exekutive ein enger Ableitungszusammenhang.

Die Verbindlichkeit des Richterrechts führt nicht zur Erstarrung der Rechtsprechung. Wie die Legislative kann auch die Judikative das von ihr geschaffene Recht ändern. Das deutsche Recht enthält Regelungen, die die Abänderbarkeit des verbindlichen Richterrechts beschreiben.

Artt. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG garantieren die Rechtsprechung als staatliche Gewalt

sowie die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und verlangen nach methodengerechter Rechtsfortbildung auf Basis des fachlich geschulten richterlichen Gewissens. Dies wird durch eine mittelbare demokratische Legitimation der Rechtsprechung flankiert, die durch eine gegenüber den Mitgliedern der Legislative gesteigerte fachliche Legitimation als Amtswalter ergänzt wird.

(5) Die Rechtsquelleneigenschaft des Gewohnheitsrechts ist unter dem Grundgesetz insgesamt fraglich und nachkonstitutionell jedenfalls für das Verwaltungsrecht abzulehnen. Für das Öffentliche Recht fehlt der Exekutive aufgrund der Gewaltenteilung und wegen der Forderung nach Rechtsklarheit die Befugnis, Recht durch Übung zu setzen. Mangels Rechtssetzungsmacht können zudem die Bürger nicht an der Entstehung von Gewohnheitsrecht mitwirken. Ihnen fehlt die Rechtssetzungsbefugnis, aufgrund derer durch Übung ein materielles Gesetz entstehen könnte.

(6) Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts sind konkretisiertes Verfassungsrecht. Die Konkretisierung kann durch alle drei Staatsgewalten erfolgen. Aufopferung- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind mitgeschriebenes Verfassungsrecht, das durch die Rechtsprechung auf einfachgesetzlicher Ebene zum Aufopferungsanspruch konkretisiert bzw. der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgeweitet wurde.

Literaturverzeichnis

Autor	Titel
Achterberg, Norbert	Probleme der Funktionenlehre, München 1970 (zitiert: Funktionenlehre)
Aden, Menno	Ständige Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht, JZ 1994, 1109 (zitiert: Ständige Rechtsprechung)
Adomeit, Klaus	Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969 (zitiert: Rechtsquellenfragen)
Adomeit, Klaus	Der Rechtspositivismus im Denken von Hans Kelsen und Gustav Radbruch, JZ 2003, 161 (zitiert: Rechtspositivismus)
Albrecht, Eduard	Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, Sonderausgabe Darmstadt 1962 (zitiert: Rezension)
Alexy, Robert	Regeln und Prinzipien, ARSP Beiheft Nr. 25 (1985), S. 13 (zitiert: Regeln und Prinzipien)
Alexy, Robert	Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Baden-Baden 1994 (zitiert: Theorie der Grundrechte)
Alexy, Robert	Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie Beiheft 1, 1979, S. 79 (zitiert: Begriff des Rechtsprinzips)
Amberg, Irmgard	Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, Berlin 1998 (zitiert: Rechtsprechung)
Avenarius, Hermann	Naturrecht, in: Kleines Rechtswörterbuch, Düsseldorf 1991, S. 284 (zitiert: Naturrecht)
Bachof, Otto	Das Ende des deutschen Verwaltungsrechts?, DÖV 1958, 27 (zitiert: Verwaltungsrecht)
Badura, Peter	Verfassung und Verfassungsgesetz, in: FS Ulrich Scheuner, Horst Ehmke u. a. (Hrsg.), Berlin 1973, S. 19 (zitiert: Verfassung)
Badura, Peter	Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, 205 (zitiert: Wirtschaftsverfassungsrecht)
Badura, Peter	Staatsrecht, 2. Aufl., München 1996 (zitiert: StaatsR)
Bakker, Rainer	Grenzen der Richtermacht: Die Kollegialkontrolle im Großen Senat des BAG, Konstanz 1994 (zitiert: Richtermacht)
Barth, Rainer	Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, Berlin 1996 (zitiert: Richterliche Rechtsfortbildung)
Bassenge, Peter	vor § 903, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München 2003 (zitiert: Palandt-Bassenge)
Bäumlin, Richard/Ridder, Helmut	Art. 20, in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Band 1, 2. Aufl., Neuwied 1989 (zitiert: Art. 20)
Baur, Fritz	Der Gedanke der "Einheitlichkeit der Rechtsprechung" im geltenden Prozessrecht, JZ 1953, 326 (zitiert: Einheitlichkeit der Rechtsprechung)
Behrends, Okko, u. a. (Hrsg.)	Corpus Iuris Civilis, die Institutionen: Text und Übersetzung, 2. Aufl., Heidelberg 1999 (zitiert: Corpus iuris civilis)
Benda, Ernst	§ 17, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Ernst Benda u. a. (Hrsg.), 2.

Bender, Bernd	Aufl., Berlin u. a. 1994 (zitiert: § 17) Staatshaftungsrecht, Karlsruhe 1971 (zitiert: StHR)
Berg, Günther Heinrich von	Handbuch des Deutschen Policeyrechts, 2. Aufl., Hannover 1802 (zitiert: Policeyrecht)
Bertelmann, Manfred	Die ratio decidendi zwischen Gesetzesanwendung und Rechtssatzbildung anhand höchstrichterlicher Rechtsprechung, Bonn 1975 (zitiert: Ratio decidendi)
Bertrams, Michael	Das vor dem Bundesverwaltungsgericht reversible Recht, DÖV 1992, (zitiert: Revisibles Recht)
Bettermann, Karl August	§ 73, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), 2. Aufl., Heidelberg 1996 (zitiert: § 73)
Biaggini, Giovanni	Verfassung und Richterrecht, Basel u.a. 1991 (zitiert: Verfassung und Richterrecht)
Blackstone, William	Commentaries on the Laws of England (New Jersey 1803), St. George Tucker (Hrsg.), New York 1969 (zitiert: Commentaries)
Bock, Markus	Der Rechtsnormcharakter der Entscheidungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt/M. 1997 (zitiert: Rechtsnormcharakter)
Bothe, Michael	Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung, JuS 1976, 515 (zitiert: Enteignung)
Bötticher, Eduard	Anmerkung zu Peter Lerche “Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes”, RdA 1969, 367 (zitiert: Anmerkung)
Braun, Johann	Einführung in die Rechtswissenschaft, Tübingen 1997 (zitiert: Einführung)
Bringewat, Peter	Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972), 585 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
Brocker, Lars/Knops, Kai-Oliver	Die Präjudizienvermutung als methodologisches Prinzip, Jura 1993, 300 (zitiert: Präjudizienvermutung)
Brockmeyer, Hans Bernhard	Art. 20, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Fritz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Neuwied 1999 (zitiert: Art. 20)
Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich	Allgemeines Schuldrecht, 29. Aufl., München 2003 (zitiert: Allg. Schuldrecht)
Brunner, Emil	Gerechtigkeit, 3. Aufl., Zürich 1981 (zitiert: Gerechtigkeit)
Bryde, Brun-Otto	Art. 80, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Aufl. München 1996 (zitiert: Art. 80)
Buchwald, Delf	Prinzipien des Rechtsstaats, Aachen 1996 (zitiert: Prinzipien)
Buchwald, Delf	Objektive Bindungswirkung - materielle Rechtskraft - Richterrecht, Aachen 1997 (zitiert: Bindungswirkung)
Bühler, Theodor	Gewohnheitsrecht - Enquete - Kodifikation, Zürich 1977 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
Bülow, Erich	§ 30, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Ernst Benda u. a. (Hrsg.), 2. Aufl., Berlin u. a. 1994 (zitiert: § 30)
Bydlinski, Franz	Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149 (zitiert: Hauptpositionen)

- Bydlinski, Franz Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991 (zitiert: Methodenlehre)
- Coing, Helmut Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts, JuS 1975, 277 (zitiert: Sätze des Richterrechts)
- Dauner-Lieb, Barbara Einführung u. § 2, in: Barbara Dauner-Lieb u. a. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Heidelberg 2002 (zitiert: Schuldrecht)
- Degenhart, Christoph Art. 103, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., München 2003 (zitiert: Art. 103)
- Degenhart, Christoph Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht, 18. Aufl., Heidelberg 2002 (zitiert: StaatsR I)
- Depenheuer, Otto Art. 14, in: Fritz von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl., München 1999 (zitiert: Art. 14)
- Di Fabio, Udo Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung, DVBl. 1992, 1338 (zitiert: Verwaltungsvorschriften)
- Dieterich, Thomas Zur Pflicht der Gerichte, das Recht fortzubilden, RdA 1993, 67 (zitiert: Pflicht der Gerichte)
- Dreier, Horst Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990 (zitiert: Rechtslehre)
- Dreier, Horst Artt. 1, 19, 20 (Demokratie), in: Grundgesetz, Horst Dreier (Hrsg.), Band 1, Tübingen 1996 (zitiert: Artt. 1, 19, 20)
- Dreier, Ralf Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, JZ 1985, 353 (zitiert: Rechtsstaat)
- Dreier, Ralf Gewohnheitsrecht, in: Staatslexikon, Band IV, hrsg. Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg u. a. 1986, Sp. 1059 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Dreier, Ralf Probleme der Rechtsquellenlehre, in: FS Hans J. Wolff, Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), München 1973, S. 3 (zitiert: Probleme der Rechtsquellenlehre)
- Dreier, Ralf Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 (zitiert: Begriff Recht)
- Dürig, Günter Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955, 521 (zitiert: Grundfragen)
- Dürig, Günter Art. 3, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Band I, München, Stand Februar 2003 (zitiert: Art. 3)
- Dürig, Günter Der Staat, in: FS Wilibalt Apelt, Theodor Maunz u. a. (Hrsg.), München 1958, S. 13 (zitiert: Der Staat)
- Dworkin, Ronald Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt/M. 1990 (zitiert: Bürgerrechte ernstgenommen)
- Eisenhardt, Ulrich Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., München 1999 (zitiert: Rechtsgeschichte)
- Ellscheid, Günter Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung, in: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer (Hrsg.), 6. Aufl., Heidelberg 1994, S. 179 (zitiert: Naturrechtsproblem)
- Enneccerus, Ludwig/
Nipperdey, Hans Karl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband., 15. Aufl., Tübingen 1959 (zitiert: BGB)

- Erbguth, Wilfried Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, 473 (zitiert: Verwaltungsvorschriften)
- Erichsen, Hans-Uwe Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozess, Frankfurt/M. 1971 (zitiert: Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen)
- Eser, Albin § 1, in: Strafgesetzbuch Kommentar, Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), 26. Aufl., München 2001 (zitiert: StGB § 1)
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990 (zitiert: Grundsatz und Norm)
- Esser, Josef Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M. 1972 (zitiert: Vorverständnis)
- Esser, Josef In welchem Ausmaß bilden Rechtsprechung und Lehre Rechtsquellen, ZfVgl.Rwiss 1975, 67 (zitiert: Rechtsprechung und Lehre)
- Esser, Josef Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: FS Fritz von Hippel, Josef Esser/Hans Thieme (Hrsg.), Tübingen 1967, S. 95 (zitiert: Richterrecht)
- Faller, Artur Einführung in die Rechtslehre, Regensburg 1980 (zitiert: Rechtslehre)
- Ferschl, Klaus Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch, Aachen 1995 (zitiert: Aufopferungsanspruch)
- Fikentscher, Wolfgang Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band III: Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976 und Band IV: Dogmatischer Teil, Tübingen 1977 (zitiert: Methoden III und IV)
- Fikentscher, Wolfgang Das Wechselspiel von Gewohnheitsrecht und Menschenrechten, in: Gewohnheitsrecht und Menschenrechte, Heinrich Scholler (Hrsg.), Baden-Baden 1998, S. 17 (zitiert: Wechselspiel)
- Fikentscher, Wolfgang Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht (code law and case law), ZfRV 1980, 161 (zitiert: Fallnorm)
- Flume, Werner Gewohnheitsrecht und römisches Recht, in: Gesammelte Schriften, Band I, Horst Heinrich Jakobs u. a. (Hrsg.), Köln 1988, 30 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Forkel, Hans Zum "Opfer" beim Aufopferungsanspruch, JZ 1969, 7 (zitiert: Aufopferungsanspruch)
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973 (zitiert: VerwR I - 10. Aufl.)
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München u. a. 1955 (zitiert: VerwR I)
- Forsthoff, Ernst Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: FS für Carl Schmitt, Hans Barion u. a. (Hrsg.), 2. Aufl., Berlin 1989 (zitiert: Umbildung)
- Freitag, Hans Otto Gewohnheitsrecht und Rechtssystem, Berlin 1976 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Friauf, Karl Heinrich Polizei- u. Ordnungsrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Berlin 1999 (zitiert: POR)
- Friauf, Karl Heinrich Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Steuerbürger,

- in: FS Hermann Jahreiß, hrsg. vom Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln, Köln u. a., S. 45 (zitiert: Öffentliche Sonderlasten)
- Fritz Ossenbühl Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, Jura 1997, 617 (zitiert: Verhältnismäßigkeit)
- Fuß, Ernst-Werner Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, DÖV 1964, 522 (zitiert: Rechtssatz)
- Gamillscheg, Franz Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 (zitiert: Grundrechte)
- Gentz, Manfred Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600 (zitiert: Verhältnismäßigkeit)
- German, Oscar Adolf Zum Verhältnis zwischen Rechtsquellen und Rechtsfindung, in: FS Hans Lewald, überreicht von seinen Freunden und Kollegen mit Unterstützung der Basler Juristischen Fakultät, Basel 1953, S. 485 (zitiert: Rechtsquellen)
- German, Oscar Adolf Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967 (zitiert: Probleme)
- Gloria, Christian § 26, in: Knut Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., München 1999 (zitiert: Völkerrecht, § 26)
- Göldner, Detlef Christoph Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969 (zitiert: Verfassungsprinzip)
- Götz, Volkmar Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., Göttingen 1995 (zitiert: POR)
- Grabitz, Eberhard Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1972), 568 (zitiert: Verhältnismäßigkeit)
- Grimm, Dieter Rechtsentstehung, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Einführung in das Recht, 2. Aufl., Heidelberg 1991 (zitiert: Rechtsentstehung)
- Gröpper, Hans Gewohnheitsrecht, Observanz, Herkommen und Unvordenkliche Verjährung, DVBl. 1969, 945 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Gröschner, Rolf Die richterliche Rechtsfindung: “Kunst” oder “Methode”?, JZ 1983, 944 (zitiert: Richterliche Rechtsfindung)
- Gröschner, Rolf Dialogik und Jurisprudenz, Tübingen 1982 (zitiert: Dialogik)
- Gröschner, Rolf Das Überwachungsrechtsverhältnis, Tübingen 1992 (zitiert: Überwachungsrechtsverhältnis)
- Gröschner, Rolf Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses, Die Verwaltung 1997, 301 (zitiert: Verwaltungsrechtsverhältnis)
- Gröschner, Rolf in: Staats- und Rechtsphilosophie, Rolf Gröschner/Claus Dierksmeier/Michael Henkel/Alexander Wiehart, Berlin u. a. 2000 (zitiert: Rechtsphilosophie)
- Gröschner, Rolf § 23, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Josef Isensee/Pauls Kirchhof (Hrsg.), 3. Aufl., Heidelberg 2003 (zitiert: § 23)
- Gusy, Christoph Richterrecht und Grundgesetz, DÖV 1992, 461 (zitiert: Richterrecht)
- Gusy, Christoph Der Vorrang des Gesetzes, JuS 1983, 189 (zitiert:

- Vorrang)
- Haas, Dr. Landesrecht vor Bundesgerichten?, DVBl. 1957, 368 (zitiert: Landesrecht)
- Haase, Richard/Keller, Rolf Grundlagen und Grundformen des Rechts, 11. Aufl., Stuttgart 2003 (zitiert: Grundlagen)
- Hardt, Hans-Jürgen D. Die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze, DÖV 1971, 685 (zitiert: Verwaltungsgrundsätze)
- Hart, H. L. A. The Concept of Law, Oxford 1961 (zitiert: Concept of Law)
- Hasemer, Winfried § 1, in: Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Reihe Alternativkommentare, Rudolf Wassermann (Hrsg.), Neuwied 1990 (zitiert: AK-StGB § 1)
- Hasemer, Winfried Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hasemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., Heidelberg 1994, S. 248 (zitiert: Rechtssystem)
- Haverkate, Görg Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, München 1992 (zitiert: Verfassungslehre)
- Heckmann, Dirk Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, Tübingen 1997 (zitiert: Geltungskraft)
- Heinrichs, Helmut § 280, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München 2003 (zitiert: Palandt-Heinrichs)
- Heintschel von Heinegg, Wolff § 16, in: Knut Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., München 1999 (zitiert: Völkerrecht, § 16)
- Henke, Wilhelm Recht und Staat (Grundlagen der Jurisprudenz), Tübingen 1988 (zitiert: Recht)
- Henkel, Heinrich Einführung in die Rechtsphilosophie: Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., München 1977 (zitiert: Rechtsphilosophie)
- Henkel, Michael in: Staats- und Rechtsphilosophie, Rolf Gröschner/Claus Dierksmeier/Michael Henkel/Alexander Wiehart, Berlin u. a. 2000 (zitiert: Rechtsphilosophie)
- Herzog, Roman Allgemeine Staatslehre, Frankfurt/M. 1971 (zitiert: Allg. Staatslehre)
- Herzog, Roman Artt. 20, 92, 97, in: Grundgesetz-Kommentar, Band 2 und Band 4, Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), München, Stand Februar 2003 (zitiert: Artt. 20, 92, 97)
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999 (zitiert: Grundzüge)
- Hesse, Konrad § 1, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Ernst Benda u. a. (Hrsg.), 2. Aufl., Berlin u. a. 1994 (zitiert: § 1)
- Heusler, Andreas Institutionen des Deutschen Privatrechts, 1. Band, Leipzig 1885 (zitiert: Institutionen I)
- Heyde, Wolfgang § 33, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Ernst Benda u. a. (Hrsg.), 2. Aufl., Berlin u. a. 1994 (zitiert: § 33)
- Hillgruber, Christian Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (zitiert: Richterliche Rechtsfortbildung)
- Hirschberg, Lothar Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981 (zitiert: Verhältnismäßigkeit)

- Hirte, Heribert Der Zugang zu Rechtsquellen und Rechtsliteratur, Köln 1991 (zitiert: Rechtsquellen)
- Hoerster, Norbert Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese, ARSP-Beiheft Nr. 37 (1990), 27 (zitiert: Trennungsthese)
- Hoerster, Norbert Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480 (zitiert: Rechtspositivismus)
- Hoerster, Norbert Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, JuS 1987, 181 (zitiert: Rechtsbegriff)
- Hoerster, Norbert Verteidigung des Rechtspositivismus, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 11, Frankfurt/M. 1989 (zitiert: Verteidigung des Rechtspositivismus)
- Hofmann, Hasso Legitimität und Rechtsgeltung, Berlin 1977 (zitiert: Legitimität)
- Hofmann, Hasso Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, Berlin 1998 (zitiert: Recht des Rechts)
- Hollerbach, Alexander Norm (II), in: Staatslexikon Band IV, hrsg. Görres-Gesellschaft (Hrsg.), 7. Aufl., Freiburg u. a. 1988, Sp. 67 (zitiert: Norm)
- Huber, Hans Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht - ausgewählte Aufsätze 1950 - 70, Kurt Eichenberger u. a. (Hrsg.), Bern 1971, S. 329 (zitiert: Probleme)
- Huber, Hans Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht, ZfSchwR 1977, 1 (zitiert: Verhältnismäßigkeit)
- Huber, Peter M. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1997 (zitiert: AllgVerwR)
- Ipsen, Jörn Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht, 14. Aufl., Neuwied u. a. 2002 (zitiert: StaatsR I)
- Ipsen, Jörn Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, DVBl. 1984, 1102 (zitiert: Verfassungsrechtliche Schranken)
- Ipsen, Jörn Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975 (zitiert: Richterrecht)
- Isay, Hermann Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, Nachdruck München 1995 (zitiert: Rechtsnorm)
- Jakobs, Michael Ch. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, DVBl. 1985, 87 (zitiert: Grundsatz Verhältnismäßigkeit)
- Jakobs, Michael Ch. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit einer exemplarischen Darstellung seiner Bedeutung im Atomrecht, Köln u. a. 1985 (zitiert: Verhältnismäßigkeit)
- Jarass, Hans Art. 20, in: Hans Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2002 (zitiert: Art. 20)
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Darmstadt 1960 (zitiert: Allg. Staatslehre)
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948 [Lizenzausgabe] (zitiert: Verwaltungsrecht)
- Joerges, Rudolf Zur Philosophie der Rechtsquellen, in: Kant-Festschrift, Friedrich von Wieser u. a. (Hrsg.), Berlin 1924 (Nachdruck Frankfurt/M. 1987), S. 271 (zitiert: Philosophie)

- Jonas, Kurt Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle der Verwaltung, Göttingen 1934 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Jox, Rolf L. Die Bindung an Gerichtsentscheidungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse, Köln 1991 (zitiert: Bindung)
- Karpen, Ulrich Der Rechtsstaat des Grundgesetzes, Baden-Baden 1992 (zitiert: Rechtsstaat)
- Kaufmann, Arthur Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer (Hrsg.), 6. Aufl., Heidelberg 1994, S. 30 (zitiert: Problemgeschichte)
- Kaufmann, Arthur Naturrecht und Geschichtlichkeit, Tübingen 1957 (zitiert: Naturrecht)
- Kaufmann, Arthur Gesetz und Recht, in: FS Erik Wolf, Thomas Würtemberger u. a. (Hrsg.), Frankfurt/M. 1962, S. 357 (zitiert: Gesetz)
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960 (zitiert: Reine Rechtslehre)
- Kimminich, Otto Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl., Tübingen u. a. 1997 (zitiert: Völkerrecht)
- Kimminich, Otto Die öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, JuS 1969, 349 (zitiert: Entschädigungspflichten)
- Kindhäuser, Urs Geltung, in: Staatslexikon, Band II, hrsg. Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg u. a. 1986 (zitiert: Geltung)
- Kirchhof, Ferdinand Private Rechtssetzung, Berlin 1987 (zitiert: Private Rechtssetzung)
- Kirchhof, Paul Richterliche Rechtsfindung gebunden an "Gesetz und Recht", NJW 1986, 2275 (zitiert: Richterliche Rechtsfindung)
- Kirchhof, Paul Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtssprechende Gewalt, in: FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahrfeier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, herausgegeben von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 11 (zitiert: Auftrag des Grundgesetzes)
- Kirn, Michael Artt. 80 und 123, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Aufl., München 1996 (zitiert: Artt. 80 und 123)
- Kisker, Gunter Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVdStRL 32 (1974), 149 (zitiert: Vertrauensschutz)
- Kissel, Otto Rudolf Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., München 2001 (zitiert: GVG)
- Klami, Hannu Tapani Gewohnheitsrecht als Methodenproblem, in: Rechtsprechungslehre (Internat. Symposium, Münster 1984), Norbert Achterberg (Hrsg.), Köln u. a. 1986 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Kloepfer, Michael Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685 (zitiert: Vorbehalt des Gesetzes)
- Koch, Hans-Joachim Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus, das Prinzipienargument - eine methodische Widerlegung des Rechtspositivismus?, ARSP Beiheft Nr. 37 (1990), 152 (zitiert: Methodenlehre)
- Köhler, Helmut Gesetzesauslegung und "gefestigte höchstrichterliche

- Rechtsprechung", JR 1984, 45 (zitiert: Gesetzesauslegung)
- Koller, Peter Theorie des Rechts: eine Einführung, 2. Aufl., Wien 1997 (zitiert: Theorie des Rechts)
- Koller, Peter Zur Verträglichkeit von Rechtspositivismus und Naturrecht, in: GS Rene Marcic, Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (Hrsg.), Berlin 1983, S. 337 (zitiert: Verträglichkeit)
- Kortgen, Norbert Probleme des Gewohnheitsrechts: dargestellt am Beispiel gewohnheitsrechtlicher Grundrechtseingriffe im Strafverfahren, Frankfurt/M. u. a. 1993 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Krawietz, Werner Das positive Recht und seine Funktion, Berlin 1967 (zitiert: Das positive Recht)
- Krebs, Peter § 3, in: Barbara Dauner-Lieb u. a. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Heidelberg 2002 (zitiert: Schuldrecht)
- Kreft, Friedrich Enteignung und Aufopferung, JZ 1975, 133 (zitiert: Enteignung und Aufopferung)
- Krey, Volker Gesetzestreue und Strafrecht - Schranken richterlicher Rechtsfortbildung, ZStW 101 (1989), 838 (zitiert: Gesetzestreue)
- Krey, Volker Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbotes, Berlin 1977 (zitiert: Gesetzesvorbehalt)
- Krey, Volker Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I, II), JZ 1978, 361 bzw. 428 (zitiert: Richterliche Rechtsfortbildung)
- Kriele, Martin Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung, DRiZ 1984, 226 (zitiert: Gesetzestreue)
- Kriele, Martin Recht und praktische Vernunft, Göttingen, 1979 (zitiert: Recht und praktische Vernunft)
- Kriele, Martin Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976 (zitiert: Rechtsgewinnung)
- Kroeschel, Karl Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650), 3. Aufl., Opladen 2001 (zitiert: Rechtsgeschichte 3)
- Kroeschell, Karl Das Kreuzberg-Urteil, VBIBW 1993, 268 (zitiert: Das Kreuzberg-Urteil)
- Kruse, Heinrich Wilhelm Rechtsgefühl, BB 1985, 1077 (zitiert: Rechtsgefühl)
- Kruse, Heinrich Wilhelm Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, Tübingen 1971 (zitiert: Richterrecht)
- Külz, Helmut R. Doch ein Gesetz!, DÖV 1961, 103 (zitiert: Gesetz)
- Kunig, Philip Einzelfallentscheidung durch Gesetz, Jura 1993, 308 (zitiert: Einzelfallentscheidung)
- Kunig, Philip Art. 103, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Aufl., München 1996 (zitiert: Art. 103)
- Kunig, Philip Aufopferung, Jura 1992, 554 (zitiert: Aufopferung)
- Kunig, Philip Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986 (zitiert: Rechtsstaatsprinzip)
- Lames, Peter Rechtsfortbildung als Prozesszweck, Tübingen 1993 (zitiert: Rechtsfortbildung)
- Langenbucher, Katja Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht,

- München 1996 (zitiert: Richterrecht)
- Larenz, Karl Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: FS Arthur Nikisch, von seinen Freunden und Kollegen, Tübingen 1958, S. 275 (zitiert: Wegweiser)
- Larenz, Karl/Canaris, Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u. a. 1995 (zitiert: Methodenlehre)
- Leisner, Walter Richterrecht in Verfassungsschranken, DVBl. 1986, 705 (zitiert: Richterrecht)
- Leisner, Walter Die allgemeine Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, Wiesbaden 1980 (zitiert: Allgemeine Bindung)
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961 (zitiert: Übermaß)
- Lieb, Manfred § 3, in: Barbara Dauner-Lieb u. a. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Heidelberg 2002 (zitiert: Schuldrecht)
- Liver, Peter Der Begriff der Rechtsquellen, in: Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70-en Geburtstag, Hans Merz (Hrsg.), Berlin 1972, S. 31 (zitiert: Begriff Rechtsquelle)
- Loewenstein, Karl Verfassungslehre, Tübingen 1959 (zitiert: Verfassungslehre)
- Lorenz, Dieter Richterrecht, in: Staatslexikon, Band IV, hrsg. Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg u. a. 1989, Sp. 922 (zitiert: Richterrecht)
- Lübbe, Christine Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen, Frankfurt/M. 1998 (zitiert: Grenzen der Rückwirkung)
- Lübbe-Wolff, Gertrude Art. 33, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, Tübingen 1998 (zitiert: Art. 33)
- Luhmann, Niklas Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1993 (zitiert: Recht der Gesellschaft)
- Luhmann, Niklas Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht, in: FS Rene König, Günter Albrecht (Hrsg.), Opladen 1973, S. 387 (zitiert: Rechtsquellenlehre)
- Mangoldt, von Hermann/Klein, Friedrich Art. 14, in: Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1957 (zitiert: Art. 14 - 2. Aufl.)
- Marx, Hans-Albert Das Gewohnheitsrecht im heutigen Strafrecht, Wiesbaden 1969 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Maunz, Theodor Art. 123, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Band IV, München, Stand Februar 2003 (zitiert: Art. 123)
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., München 2002, (zitiert: AllgVerwR)
- Mayer, Franz Ist im Bereich des Sicherheitsrechts die Bildung von Gewohnheitsrecht möglich?, BayVBl. 1956, 164 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Mayer, Franz/Kopp, Ferdinand Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Stuttgart u. a. 1985 (zitiert: AllgVerwR)
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 1969 (zitiert: Deutsches Verwaltungsrecht I)
- Mayer-Maly, Theo Recht, in: Staatslexikon, Band IV, hrsg. Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg u. a. 1988, Sp. 670 (zitiert: Recht)

- Medicus, Dieter Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., Heidelberg 2002 (zitiert: Allg. Teil BGB)
- Menger, Christian-Friedrich Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen, in: FS Walter Bogs, Erwin Chmielorz u. a. (Hrsg.), Wiesbaden 1967, S. 89 (zitiert: Allgemeine Grundsätze)
- Menger, Christian-Friedrich Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in: FS Hans J. Wolff, Christian Friedrich Menger (Hrsg.), München 1973, S. 149 (zitiert: Unterscheidung)
- Merten, Detlef Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, DVBl. 1975, 675 (zitiert: Bindung des Richters)
- Merten, Detlef Das System der Rechtsquellen, Jura 1981, 169 (zitiert: System der Rechtsquellen)
- Meyer, Wolfgang Artt. 92, 94, 97, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Aufl., München 1996 (zitiert: Artt. 92, 94, 97)
- Meyer-Cording, Ulrich Die Rechtsnormen, Tübingen 1971 (zitiert: Rechtsnormen)
- Meyer-Ladewig, Jens Justizstaat und Richterrecht, AcP 161 (1962), 97 (zitiert: Justizstaat)
- Mock, Erhard Das Gewissen als Grundlage der Entscheidung, in: Auslegung - Einsicht - Entscheidung, Erhard Mock/Raimund Jakob (Hrsg.), Frankfurt/M. u. a. 1983, S. 69 (zitiert: Gewissen)
- Monhaupt, Heinz/Reich, Norbert Aufopferungsansprüche bei Schulunfällen, NJW 1967, 758 (zitiert: Aufopferungsansprüche)
- Morlok, Martin Art. 38, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, Tübingen 1998 (zitiert: Art. 38)
- Mosler, Hermann Allgemeine Rechtsgrundsätze, in: Staatslexikon, Band I, hrsg. Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg u.a. 1985, Sp. 99 (zitiert: Rechtsgrundsätze)
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band I, Allgemeiner Teil, amtliche Ausgabe Berlin u. Leipzig 1888, Nachdruck 1983 (zitiert: Motive)
- Müller, Friedrich Strukturierende Rechtslehre, Berlin 1994 (zitiert: Strukturierende Rechtslehre)
- Müller, Friedrich Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert, in: FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahrfeier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, herausgegeben von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 65 (zitiert: Richterrecht rechtstheoretisch)
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph Juristische Methodik, 8. Aufl., Berlin 2002 (zitiert: Methodik)
- Müller, Gerhard Richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, JuS 1980, 627 (zitiert: Rechtsfortbildung)
- Müller, Hans-Peter Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes, DB 1974, 1526 (zitiert: Übernahme)
- Müller, Hellmut Die ungeschriebenen (ungesetzten) Rechtsquellen der Verwaltung im Lichte des Grundgesetzes, Würzburg 1970

- (zitiert: Rechtsquellen)
- Mußnug, Reinhard Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht, in: FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahrfeier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, herausgegeben von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 203 (zitiert: Verwaltungsrecht)
- Nawiasky, Hans Bayrisches Verfassungsrecht, Frankfurt/M. 1978 - Nachdruck der Ausgabe von 1923 (zitiert: Bayr. Verfassungsrecht)
- Neuhaus, Kai-Jochen Gewohnheitsrecht - Rolle und Anerkennung in Deutschland, JuS-Lernbogen 1996, L 41 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Neuner, Jörg Die Rechtsfindung contra legem, München 1992 (zitiert: Rechtsfindung contra legem)
- Öhlinger, Theo Der Stufenbau der Rechtsordnung - rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Wien 1975 (zitiert: Stufenbau)
- Olzen, Dirk Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen, JZ 1985, 155 (zitiert: Rechtswirkungen)
- Ossenbühl, Fritz Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (zitiert: Gewaltenteilung)
- Ossenbühl, Fritz §§ 5 und 6, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Berlin 2002 (zitiert: AllgVerwR)
- Ossenbühl, Fritz § 61, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), 2. Aufl., Heidelberg 1996 (zitiert: § 61)
- Ossenbühl, Fritz Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg u. a. 1968 (zitiert: Verwaltungsvorschriften)
- Ossenbühl, Fritz Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung, AöR 92 (1967), 478 (zitiert: Bindung der Verwaltung)
- Ossenbühl, Fritz Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, Bonn 1988 (zitiert: Richterrecht)
- Ossenbühl, Fritz Die Verwaltungsvorschriften in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, AöR 92 (1967), 1 (zitiert: Verwaltungsgerichtliche Praxis)
- Ossenbühl, Fritz Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: FS Peter Lerche, Peter Badura (Hrsg.), München 1993, S. 151 (zitiert: Maßhalten)
- Ossenbühl, Fritz Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998 (zitiert: StHR)
- Ostertun, Dietrich Gewohnheitsrecht in der Europäischen Union: Eine Untersuchung der normativen Geltung und der Funktion von Gewohnheitsrecht im Recht der Europäischen Union, Frankfurt/M. 1996 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Ott, Walter Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. Aufl. Berlin 1992 (zitiert: Rechtspositivismus)
- Ott, Walter Was heißt "Rechtspositivismus"?, in: GS Rene Marcic, Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (Hrsg.), Berlin 1983, S. 413 (zitiert: Was heißt Rechtspositivismus)
- Otte, Gerhard Recht, in: Staatslexikon, Band IV, hrsg. Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg u. a. 1988, Sp. 723

	(zitiert: Recht)
Papier, Hans Jürgen	Art. 34 in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, Band II, München, Stand Februar 2003 (zitiert: Art. 34)
Papier, Hans Jürgen	§ 157, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), 2. Aufl., Heidelberg 1990 (zitiert: § 157)
Park, Ziu-Wan	Die verfassungskonforme Auslegung als richterliche Verfassungskonkretisierung, Berlin 2000 (zitiert: Verfassungskonforme Auslegung)
Pauly, Walter	Verfassung als Synallagma, Der Staat 33 (1994), 277 (zitiert: Synallagma)
Penski, Ulrich	Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1989, 105 (zitiert: Rechtsgrundsätze)
Picker, Eduard	Richterrecht und Richterrechtssetzung, JZ 1984, 153 (zitiert: Richterrechtssetzung)
Picker, Eduard	Richterrecht oder Rechtsdogmatik - Alternativen der Rechtsgewinnung, Teil 1, JZ 1988, 1 und Teil 2, JZ 1988, 62 (zitiert: Richterrecht)
Pieroth, Bodo	Art. 92, in: Hans Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2002 (zitiert: Art. 92)
Pieroth, Bodo	Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1984, 971 (zitiert: Vertrauensschutz)
Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard	Grundrechte - Staatsrecht II, 18. Aufl., Heidelberg 2002 (zitiert: Grundrechte)
Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs	Band I, Achilles u.a. (Hrsg.), Berlin 1897, Nachdruck 1983 (zitiert: Protokolle)
Puchta, Georg Friedrich	Pandekten, 11. Aufl., nach dem Tode des Verfassers besorgt von A. F. Rudorff, Leipzig 1872 (zitiert: Pandekten)
Püttner, Günter	Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVdStRL 32 (1974), 200 (zitiert: Vertrauensschutz)
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950 (zitiert: Rechtsphilosophie)
Raisch, Peter	Zur Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Zivil- und Handelsrecht, ZHR 150 (1986), 117 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
Raisch, Peter	Juristische Methoden, Heidelberg 1995 (zitiert: Methoden)
Raiser, Thomas	Richterrecht heute, ZRP 1985, 111 (zitiert: Richterrecht)
Redeker, Konrad	Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtssetzung, NJW 1972, 409 (zitiert: Legitimation)
Rehbinder, Manfred	Zur Rechtsqualität des Richterspruchs im System kodifizierten Rechts, JuS 1991, 542 (zitiert: Rechtsqualität)
Rehbinder, Manfred	Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Aufl., Berlin 1995 (zitiert: Einführung)

- Reimann, Wolfgang Zur Bedeutung des Gerichtsgebrauchs im Rahmen von Art. 31 GG, DVBl. 1969, 951 (zitiert: Gerichtsgebrauch)
- Reimer, Franz Verfassungsprinzipien - Ein Normtyp im Grundgesetz, Berlin 2001 (zitiert: Verfassungsprinzipien)
- Reinhardt, Michael Konsistente Jurisdiktion, Tübingen 1997 (zitiert: Konsistente Jurisdiktion)
- Renck, Ludwig Res sacrae und Gewohnheitsrecht, JZ 2001, 375 (zitiert: Gewohnheitsrecht)
- Rengeling, Hans-Werner Rechtsgrundsätze beim Vollzug des europäischen Gemeinschaftsrechts, Köln u. a. 1977 (zitiert: Rechtsgrundsätze)
- Rennert, Klaus § 31, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg 1992 (zitiert: § 31 BVerfGG)
- Richardi, Reinhard Richterrecht als Rechtsquelle, in: FS Wolfgang Zöllner, Band II, Manfred Lieb u. a. (Hrsg.), Köln u. a. 1998, S. 935 (zitiert: Richterrecht)
- Riggert, Rainer Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG), Berlin 1993 (zitiert: Selbstbindung)
- Robbers, Gerhard Einführung in das deutsche Recht, Baden-Baden 1994 (zitiert: Einführung)
- Röhl, Klaus F. Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Köln u. a. 2001 (zitiert: Allg. Rechtslehre)
- Ross, Alf Theorie der Rechtsquellen: ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig u. a. 1929 (zitiert: Rechtsquellen)
- Rost, Dirk Hanns Rechtswirkungen gleichbleibender Staatspraxis im Verfassungsrecht, Kiel 1997 (zitiert: Rechtswirkungen)
- Rott, Joachim 100 Jahre "Kreuzberg-Urteil" des ProVG, NVwZ 1982, 363 (zitiert: Kreuzberg-Urteil)
- Rottleuthner, Hubert Richterliches Handeln, Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt/M. 1973 (zitiert: Richterliches Handeln)
- Roxin, Klaus Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Aufl., München 1997 (zitiert: StGB AT)
- Rüfner, Wolfgang Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag: Empfiehlt es sich, die soziale Sicherung für den Fall von Personenschäden, für welche die Allgemeinheit eine gesteigerte Verantwortung trägt, neu zu regeln?, Abdruck in Band I der Verhandlungen des 49. DJT in Düsseldorf 1972, München 1972, Seite E 1 (zitiert: Personenschäden)
- Rüthers, Bernd Richterrecht als Methoden- und Verfassungsproblem, in: FS Karl Molitor, Fritz Gamillscheg u. a. (Hrsg.), München 1988, 293 (zitiert: Richterrecht)
- Rüthers, Bernd Die unbegrenzte Auslegung (Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus), 5. erw. Aufl., Heidelberg 1997 (zitiert: Unbegrenzte Auslegung)
- Rüthers, Bernd Rechtstheorie, München 1999 (zitiert: Rechtstheorie)
- Rüthers, Bernd Richterrecht - rechtswidrig oder notwendig?, AöR 113 (1988), 268 (zitiert: Richterrecht rechtswidrig?)
- Ryffel, Hans Rechts- und Staatsphilosophie, Neuwied u. a. 1969 (zitiert: Rechts- und Staatsphilosophie)

Sachs, Michael	Artt. 20 u. 103, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., München 2003 (zitiert: Artt. 20 u. 103)
Säcker, Franz Jürgen	Einleitung, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Kurt Rebmann u. a. (Hrsg.), 4. Aufl., München 2001 (zitiert: Einleitung)
Sattler, Andreas	Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, Baden-Baden 1982 (zitiert: Rechtliche Bedeutung)
Schack, Friedrich	Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag: Der gegenwärtige Stand des öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrechts, Abdruck in Band I der Verhandlungen des 41. DJT in Berlin 1955, Tübingen 1955, Seite 1 (zitiert: Entschädigungsrecht)
Schack, Friedrich	Anmerkung zum Urteil BVerwG v. 28.05.1958, NJW 1959, 306 (zitiert: Urteilsanmerkung)
Schapp, Jan	Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen, JZ 2003, 217 (zitiert: Menschenrechte)
Schapp, Jan	Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983 (zitiert: Hauptprobleme)
Scheffelt, Michael	Die Rechtsprechungsänderung (Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht), Konstanz 2001 (zitiert: Rechtsprechungsänderung)
Schenke, Wolf-Rüdiger	Polizei- u. Ordnungsrecht, in: Udo Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1999 (zitiert: POR)
Schenke, Wolf-Rüdiger	Staatshaftung und Aufopferung - Der Anwendungsbereich des Aufopferungsanspruchs, NJW 1991, 1777 (zitiert: Aufopferungsanspruch)
Scheuner, Ulrich	Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, JuS 1961, 243 (zitiert: Amtshaftung)
Schilling, Theodor	Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Berlin 1994 (zitiert: Rang und Geltung)
Schlaich, Klaus	Neutralität (II. Innerstaatlich), in: Evangelisches Staatslexikon, Band II, Roman Herzog u. a. (Hrsg.), 3. Aufl., Stuttgart 1987, Sp. 2238 (zitiert: Ev. Staatslexikon)
Schleifenbaum, Heinrich	Die Revisibilität des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verwaltungsprozess, DVBl. 1969, 350 (zitiert: Revisibilität)
Schleifenbaum, Heinrich	Die Revisibilität des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verwaltungsprozess, DVBl. 1969, 350 (zitiert: Revisibilität)
Schlink, Bernhard	Zwischen Identifikation und Distanz (Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrechts), Der Staat 15 (1976), 335 (zitiert: Identifikation)
Schmidt, Walter	Urteilsanmerkung zu BGHSt v. 12.08.1975, JZ 1976, 32 (zitiert: Urteilsanmerkung)
Schmidt, Walter	Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff", NJW 1975, 1753 (zitiert: Unbestimmter Rechtsbegriff)
Schmidt-Aßmann, Eberhard	Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (zitiert: Verwaltungslegitimation)
Schmidt-Aßmann, Eberhard	Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der

- Schmidt-Bleibtreu, Bruno Exekutive, in: FS für Klaus Stern, Joachim Burmeister (Hrsg.), München 1997, S. 745 (zitiert: Gesetzesbindung)
Art. 97, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl., Neuwied 1995 (zitiert: Art. 97)
- Schmitt Glaeser, Walter Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl., Stuttgart u. a. 2000 (zitiert: VerwProzeßR)
- Schmitt-Kammler, Arnulf Der Aufopferungsgedanke, JuS 1995, 473 (zitiert: Aufopferungsgedanke)
- Schnapp, Friedrich E. Art. 20, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl., München 2001 (zitiert: Art. 20)
- Schneider, Egon Über Gründe und Auswirkungen der Änderung einer höchststrichterlichen Rechtsprechung, MDR 1971, 705 (zitiert: Änderung)
- Schneider, Hans Gesetzgebung, 2. Aufl., Heidelberg 1991 (zitiert: Gesetzgebung)
- Schneider, Hans Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band II, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Christian Starck (Hrsg.), Tübingen 1976, S. 390 (zitiert: Verhältnismäßigkeits-Kontrolle)
- Schneider, Hans Peter Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt/M. 1969 (zitiert: Richterrecht)
- Schneider, Peter Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, AöR 82 (1957), 1 (zitiert: Gewaltenteilung)
- Schneider, Peter Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, AöR 82 (1957), 1 (zitiert: Gewaltenteilung)
- Schoch, Friedrich Die Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109 (zitiert: Europäisierung)
- Schoch, Friedrich Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch 79 (1988), 1 (zitiert: Folgenbeseitigung)
- Scholz, Rupert Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 1972, 1771 (zitiert: Arbeitsverfassung)
- Schreiber, Rupert Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin 1966 (zitiert: Rechtsnormen)
- Schultze-Fielitz, Helmuth Artt. 20 (Rechtsstaat) und 92, in: Grundgesetz, Band II, Horst Dreier (Hrsg.), Tübingen 1998 (zitiert: Art. 20 [Rechtsstaat] und 92)
- Schumann, Ekkehard Das Rechtsverweigerungsverbot, ZZP 81 (1968), 79 (zitiert: Rechtsverweigerungsverbot)
- Schur, Wolfgang Anspruch, absolutes Recht und Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht entwickelt aus dem Zivilrecht, Berlin 1993 (zitiert: Rechtsverhältnis)
- Schwabe, Jürgen Aufopferungsansprüche bei Gurtschäden?, NJW 1983, 2370 (zitiert: Aufopferungsansprüche)
- Schwan, Eggert Art. 13 GG und die gefahrenabwehrenden Eingriffe in die Wohnungsfreiheit, DÖV 1975, 661 (zitiert: Art. 13 GG)
- Schwintowski, Hans-Peter Recht und Gerechtigkeit, Berlin u.a. 1996 (zitiert: Recht)
- Seetzen, Uwe Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, 429 (zitiert: Prognosespielraum)
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/ Völkerrecht, 10. Aufl., Köln u. a. 2000 (zitiert:

Stein, Torsten	Völkerrecht)
Seifert, Ralph	Argumentation und Präjudiz: zur argumentativen Verarbeitung von Vorentscheidungen durch die Justiz, Baden-Baden 1996 (zitiert: Argumentation)
Seiler, Christian	Auslegung als Normkonkretisierung, Heidelberg 2000 (zitiert: Auslegung)
Sendler, Horst	Richterrecht - rechtstheoretisch und rechtspraktisch, NJW 1987, 3240 (zitiert: Richterrecht rechtstheoretisch)
Sendler, Horst	Überlegungen zu Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung, DVBl. 1988, 828 (zitiert: Richterrecht)
Sobota, Katharina	Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen 1997 (zitiert: Prinzip Rechtsstaat)
Söllner, Alfred	Redebeitrag zu Ulrich Karpen (Hrsg.): Der Richter als Ersatzgesetzgeber, Hamburg 1995, S. 12 (zitiert: Beitrag)
Stahl, Rainer	Die Bindung der Staatsgewalten an die höchstrichterliche Rechtsprechung, Frankfurt/M. 1973 (zitiert: Bindung der Staatsgewalten)
Stern, Klaus	Staatsrecht I, 2. Aufl., München 1984 (zitiert: StaatsR I)
Stern, Klaus	Staatsrecht II, München 1980 (zitiert: StaatsR II)
Stern, Klaus	Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes, in: FS Peter Lerche, Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), München 1993, S. 165 (zitiert: Übermaßverbot)
Stern, Klaus	Das allgemeine Verwaltungsrecht in der neueren Bundesgesetzgebung, JZ 1962, 265 (zitiert: Allgemeines Verwaltungsrecht)
Svarez, Carl Gottlieb	Vorträge über Recht und Staat, hrsg. Hermann Conrad/Gerd Kleinheyer, Köln u. a. 1960 (zitiert: Kronprinzen-Vorträge)
Thomas, Heinz/Putzo, Hans	Zivilprozessordnung, 19. Aufl., München 1995 (zitiert: ZPO)
Thomas, Jürgen	Richterrecht, Handbuch des Öffentlichen Dienstes, Köln u. a. 1986 (zitiert: Richterrecht)
Tiedtke, Klaus	Selbstbindung der Revisionsgerichte, JZ 1995, 275 (zitiert: Selbstbindung)
Tiedtke, Klaus	Selbstbindung der Revisionsgerichte, JZ 1995, 275 (zitiert: Selbstbindung)
Tilch, Horst	Rechtsquelle, in: Deutsches Rechtslexikon, Horst Tilch (Hrsg.), Band 3, 2. Aufl., München 1992 (zitiert: Rechtsquelle)
Tomuschat, Christian	Verfassungsgewohnheitsrecht?: Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1972 (zitiert: Verfassungsgewohnheitsrecht)
Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas	Strafgesetzbuch, 51. Aufl., München 2003 (zitiert: StGB § 1)
Trute, Hans-Heinrich	Art. 38, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl., München 2001 (zitiert: Art. 38)
Ule, Carl Herman	Die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrenrechts, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte V, Kurt G. A. Jeserich u. a. (Hrsg.), Stuttgart 1987, S. 1162 (zitiert: Kodifizierung)

- Unruh, Georg-Christoph von Kodifiziertes Verwaltungsrecht, NVwZ 1988, 690 (zitiert: Verwaltungsrecht)
- Vogel, Joachim Juristische Methodik, Berlin u. a. 1998 (zitiert: Methodik)
- Vogel, Klaus Über die Herkunft des Polizeirechts aus der liberalen Staatstheorie, in: FS Gerhard Wacke, Klaus Vogel u. Klaus Tipke (Hrsg.), Nachdruck Köln 1995 (zitiert: Herkunft des Polizeirechts)
- Vogel, Klaus Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht, JZ 1988, 833 (zitiert: Rechtssicherheit)
- Vossen, Reinhard Tarifdispositives Richterrecht, Berlin 1974 (zitiert: Richterrecht)
- Wagner, Christa Bonner Grundgesetz und Verfassungsgewohnheitsrecht, München 1963 (zitiert: Bonner GG)
- Wahl, Rainer Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, 401 (zitiert: Vorrang der Verfassung)
- Walter, Robert Die Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand, ÖJZ 1963, 231 (zitiert: Gewohnheit)
- Walter, Robert Der Aufbau der Rechtsordnung - Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der reinen Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1974 (zitiert: Rechtsordnung)
- Wank, Rolf Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin, 1978 (zitiert: Rechtsfortbildung)
- Wassermann, Rudolf Art. 97, in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Band 2, Neuwied 1989 (zitiert: Art. 97)
- Weber, Max Rechtssoziologie, aus den Manuskripten herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann, 2. Aufl., Neuwied u. a. 1967 (zitiert: Rechtssoziologie)
- Wegewitz, Hagen A. Verfassungsunmittelbare Bindungswirkung abstrahierbarer Auslegungen des Grundgesetzes, Frankfurt/m. 2003 (zitiert: Verfassungsunmittelbare Bindungswirkung)
- Weimar, Robert Grundlagen einer "Einheit" materialer Rechtsbegründung im Naturrechtsdenken und Positivismus, in: GS Rene Marcic, Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (Hrsg.), Berlin 1983, S. 473 (zitiert: Grundlagen)
- Werner, Fritz Die Kronprinzen-Vorträge des Geheimen Obertribunalrats Carl Gottlieb Svarez, VerwArchiv 53 (1962), 1 (zitiert: Kronprinzen-Vorträge)
- Wesche, Steffen Gegenseitigkeit und Recht, Eine Studie zur Entstehung von Normen, Berlin 2001 (zitiert: Gegenseitigkeit)
- Weyreuther, Felix Bemerkenswertes über Grundsätzliches, DÖV 1989, 321 (zitiert: Grundsätzliches)
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 9. Aufl. (Neudruck der Ausgabe Frankfurt/M. 1906), bearbeitet von Theodor Kipp, Aalen 1963 (zitiert: Pandekten 1)
- Wipfelder, Hans-Jürgen Ungeschriebenes Verfassungsrecht durch Richterspruch?, DRiZ 1980, 441 (zitiert: Ungeschriebenes Verfassungsrecht)
- Witthohn, Hauke Gewohnheitsrecht als Eingriffsermächtigung, Baden-Baden 1997 (zitiert: Gewohnheitsrecht)

Erklärung

Ich erkläre,

dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und nur unter Verwendung der angegebenen Hilfsmittel und Literatur angefertigt habe,

dass ich nicht die Hilfe eines Promotionsberaters in Anspruch genommen habe und auch kein Dritter unmittelbar oder mittelbar geldwerte Leistungen für die Arbeit von mir erhalten hat,

dass ich diese Arbeit nicht an einer andern Hochschule zur Erlangung eines akademischen Grades oder als Leistung für eine andere staatliche Prüfung vorgelegt habe und

dass ich mit der vorliegenden Arbeit nicht an anderer Stelle die Zulassung zur Promotion im Bereich Rechtswissenschaft beantragt habe oder eine solche Promotion gescheitert ist.

Die Promotionsordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena ist mir bekannt.

Bonn, den

Sabine Gretscher